

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
EMBTE.(S)	: NATAN DONADON
ADV.(A/S)	: BRUNO RODRIGUES
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO CORRÊA
ADV.(A/S)	: MAURO MACHADO CHAIBEN
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA:EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DE REEXAME DA CAUSA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Ausência contradição, omissão e erro material a ser sanada pelos embargos declaratórios.

2. É firme a jurisprudência no sentido de que são incabíveis os embargos de declaração quando a parte, a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes.

3. Não se faz necessária a manifestação do julgador sobre todas as teses jurídicas ventiladas pelas partes. Precedentes.

4. Não se constata elementos suficientes para afastar a competência deste Supremo Tribunal Federal para o julgamento da presente ação penal, bem como para reconhecer a nulidade da ação penal, absolver o Embargante ou declarar a prescrição punitiva estatal, não cabendo aqui ser cogitada a excepcional ocorrência do efeito modificativo dos embargos declaratórios nem a concessão de *habeas corpus* de ofício.

5. A interrupção da prescrição da pretensão punitiva estatal nas instâncias colegiadas se dá na data da sessão de julgamento, que torna público o acórdão condenatório.

6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de

AP 396 ED / RO

que o que se espera de uma decisão judicial é que seja fundamentada, e não que se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes.

7. Embargos de Declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, **em rejeitar os embargos de declaração**, nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, e do Revisor, Ministro Dias Toffoli. O Ministro Marco Aurélio reconhecia a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de quadrilha, art. 288 do Código Penal, e concedia *habeas corpus* de ofício. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 12 de dezembro de 2012.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396

PROCED. : RONDÔNIA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMBTE.(S) : NATAN DONADON

ADV.(A/S) : BRUNO RODRIGUES

ADV.(A/S) : MAURÍCIO CORRÊA

ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN

EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deliberou adiar o julgamento do feito. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 29.06.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

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

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
EMBTE.(S) : **NATAN DONADON**
ADV.(A/S) : **BRUNO RODRIGUES**
ADV.(A/S) : **MAURÍCIO CORRÊA**
ADV.(A/S) : **MAURO MACHADO CHAIBEN**
EMBDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA**

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – (Relatora):

1. Embargos de declaração opostos contra acórdão proferido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, que, em 28.10.2010, julgou procedente a Ação Penal n. 396, nos termos seguintes:

“QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITOS: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de

AP 396 ED / RO

competência constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pela Plenário do Supremo Tribunal Federal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer a denúncia com base em elementos informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente”.

AP 396 ED / RO

2. Publicada essa decisão no DJ de 28.4.2011, opôs tempestivamente o ora Embargante, em 3.5.2011, embargos de declaração (fls. 4306-4408).

3. Em extensa petição de recurso (104 páginas), o Embargante exterioriza sua *“perplexidade e sensação de injustiça”* na revisão do entendimento até então prevalente neste Supremo Tribunal sobre os efeitos da renúncia ao cargo de deputado federal, que *“constitui[ria] ato capaz de fazer cessar, ex vi constitutione, a competência do Tribunal, sem que se precise examinar ou cogitar da intenção do réu renunciante”*.

Sustenta, basicamente, as questões seguintes: a) *“omissão do acórdão condenatório em indicar a fonte probatória embasadora da conclusão de que o Embargante, ao renunciar o mandato, teria cometido fraude processual, em razão de suposta intenção de alcançar a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de quadrilha”*; b) *“necessidade de reconhecimento e declaração incidental de prescrição com relação ao crime de quadrilha”*; c) *“preliminar de nulidade ab initio do processo”*, ao argumento de que o *“inquérito [teria sido] instaurado e dirigido pelo próprio Ministério Público”*; d) *“ofensa ao devido processo legal [e] ao princípio da ampla defesa”*; e) *“omissão do acórdão (...) acerca de relevantíssimos fatos apontados pela defesa”*; f) *“investigação promovida por órgão do Ministério Público de primeiro grau”* contra *“deputado estadual”*, o que representaria *“quebra do princípio do promotor natural”* e *“ofensa ao devido processo legal”*; g) *“impossibilidade de instauração de ação civil pública por promotor de justiça com atuação em primeiro grau – prerrogativa de foro do deputado estadual – nulidade de toda a prova arrecadada”*; h) *“desmembramento – decisões conflitantes – cerceamento de defesa em razão da impossibilidade de formular perguntas ao corréu Omar Miguel da Cunha – Nulidade da decisão de fl. 1922 por falta de fundamentação – cerceamento de defesa – falta de intimação do acusado quanto à decisão de desmembramento”*; i) *“insubsistência do crime de quadrilha – declaração da prescrição da pretensão punitiva em relação a todos os demais acusados”*; j) *“matéria de ordem pública – cerceamento de defesa por ausência de realização de novo interrogatório – inobservância da nova regra do art. 400 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei 11.719/2008 –*

AP 396 ED / RO

possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício”; l) “matéria de ordem pública – conflito aparente de normas – ausência de configuração de crime de peculato – possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício”; m) “voto do Ministro Revisor – Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, parágrafo 2º, do Código Penal – julgamento que extrapola os limites da acusação”; n) “desmembramento do processo – decisões conflitantes – aplicação de penas bem mais graves ao embargante frente aos demais acusados – quebra do princípio constitucional da isonomia”; o) “desmembramento do processo – decisões conflitantes – aplicação de aumento de pena em razão de continuidade delitiva – quebra do princípio constitucional da isonomia”; p) “fixação da pena-base – voto do Ministro Revisor – nulidade por falta de fundamentação – ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal – violação ao princípio da individualização das penas, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal – Vulneração ao artigo 59 do Código Penal”; e q) “bis in idem – nulidade da aplicação da causa genérica de aumento de pena prevista no artigo 62, II, ‘g’, do Código Penal”.

4. Este o teor dos pedidos:

“(...) Pelo exposto, espera o embargante sejam recebidos os embargos de declaração com efeitos infringentes do acórdão ora impugnado, ou, quando não, admite-se em atenção ao princípio da eventualidade, seja concedido o habeas corpus de ofício para os fins adiante expostos.

(...) Pede-se (...) que seja declarada incidentalmente a prescrição da pretensão punitiva estatal com relação ao crime de formação de quadrilha, a teor do art. 117, IV, do Código Penal, pois o acórdão condenatório só foi publicado no último dia 28.04.2011, quando decorridos mais de 08 anos do recebimento da denúncia.

(...)

Suprida a omissão e corrigido o erro material grave dela decorrente, e uma vez verificada a inexistência do motivo que ensejou a conclusão da ocorrência de alegada ‘fraude processual’, (...) impende sejam recebidos os presentes embargos com efeitos modificativos para anular-se o v. Acórdão embargado porque proferido por Tribunal

AP 396 ED / RO

manifestamente incompetente para o julgamento realizado – e de que resultou a violenta condenação imposta ao ora embargante.

(...)

Ante o exposto, faz-se necessário que o acórdão embargado se manifeste sobre a relevante questão suscitada sob os seguintes prismas: 1) Se havia Delegado de Polícia atuando em auxílio ao Ministério Público no cognominado inquérito civil; 2) Em que data foram propostas a ação civil pública e a presente ação penal; 3) Se havia entre os investigados um Deputado Estadual e se houve autorização do Poder Judiciário para a abertura de investigação penal.

Suprida a omissão, (...) espera o embargante sejam recebidos os embargos com efeito modificativo, para reformar a decisão proferida na '1ª PRELIMINAR', de modo a declarar-se a nulidade de todo o processo (...).

(...)

Pelo exposto, espera sejam supridas as omissões e corrigidas as contradições registradas, notadamente acerca da participação de Delegado de Polícia Civil na apuração dos fatos, em ordem a se reconhecer e declarar que o procedimento intitulado inquérito civil teve na prática natureza penal em face também de um Deputado Estadual, que foi nele ilegalmente investigado, com grave comprometimento da investigação desde o seu nascedouro, em face da nulidade aí verificada.

Com efeito, espera o recebimento dos embargos, com efeitos modificativos, para declarar-se a nulidade ab initio do processo, por ofensa ao Princípio do Promotor Natural, em face da natureza penal do procedimento investigatório, levado a cabo indevidamente por Promotor de Justiça com atuação em primeiro grau, contra autoridade com prerrogativa de foro, sem a autorização do Tribunal de Justiça de Rondônia para instauração do procedimento apuratório.

(...)

Pelo exposto, faz-se necessário aclarar o acórdão ora embargado, para considerar-se que efetivamente o inquérito civil foi aberto e conduzido por Promotor de Justiça com atuação em primeiro grau de jurisdição, bem assim que o corréu Marcos Antônio Donadon era agente político e, portanto não poderia encontrar-se a ele submetido.

AP 396 ED / RO

Supridas as omissões, espera-se a nulidade de toda a investigação, tendo em vista a presença de agente político com prerrogativa de foro entre os indiciados, situação que exige a observância das regras de competência por prerrogativa de foro, bem como atuação de Procurador de Justiça com atuação em 2º grau de jurisdição.

(...)

Pelo exposto, pede seja declarada a ocorrência de nulidade da decisão de desmembramento (fl. 1922), por falta de fundamentação, como também o reconhecimento de cerceamento de defesa, por falta de intimação do ora embargante, para manejo de recurso cabível, ou, quando não, seja reconhecida a nulidade ou insubsistência das declarações do corréu OMAR com relação ao ora embargante, porquanto o referido desmembramento impediu-lhe a participação no interrogatório do corréu que o acusou, daí resultando nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa (...).

(...)

Pelo exposto, espera-se o esclarecimento do acórdão, de modo a indicar expressamente qual o 'acervo probatório' a corroborar as declarações do corréu OMAR MIGUEL, especificamente no que se refere à autoria (...).

Com efeito, supridas essas omissões com a constatação de que efetivamente houve equívoco ou erro material nas considerações acima expendidas, espera o recorrente o recebimento dos embargos, com efeitos modificativos, para reformar-se o acórdão embargado e para absolvê-lo das injustas imputações pelas quais foi injustamente condenado (...).

(...)

Ante o exposto, outra solução não se alvitra para o caso dos autos, presentes os dados incontroversos trazidos à colação, e não considerados pelo v. Acórdão embargado, que não aquela insistentemente sugerida pelo eminente Ministro Cezar Peluso, Presidente do Tribunal, no voto com que concluiu pela absolvição do ora embargante com relação a essa imputação penal. Afinal, após o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, com efeitos de

AP 396 ED / RO

absolvição com relação aos corréus, impossível restou manter-se a condenação do ora embargante pelo crime 'plurissubjetivo' de formação de quadrilha.

(...)

Ante o exposto, requer o pronunciamento acerca da omissão quanto ao alegado cerceamento de defesa, por ausência de novo interrogatório do ora embargante, com o recebimento dos embargos de declaração com efeitos modificativos para declarar-se a nulidade do julgamento e do conseqüente acórdão condenatório, ora embargado, para ordenar-se novo interrogatório.

Alternativamente, pede a concessão de habeas corpus de ofício, ao reconhecimento da ocorrência de cerceamento de defesa, declarando-se, destarte, a nulidade do julgamento e do acórdão, para ordenar-se a realização de novo interrogatório.

(...)

Ante o exposto, requer o pronunciamento acerca do alegado conflito aparente de normas, com o recebimento dos embargos de declaração com efeitos modificativos para declarar que as condutas atribuídas ao embargante não caracterizam crime autônomo de peculato, mas, em tese, exaurimento dos crimes de fraude à licitação e dispensa indevida de licitação.

Alternativamente, pede a concessão de habeas corpus de ofício, ao reconhecimento da ocorrência de incongruência entre a conduta narrada e o tipo penal aplicado, procedendo-se a adequada correlação entre o fato descrito na denúncia e o crime abstratamente previsto (matéria estritamente relativa à subsunção típica).

(...)

Pelo exposto, requer o recebimento dos presentes embargos com efeitos modificativos para, em caso de improvável manutenção da condenação com a rejeição dos outros fundamentos invocados, afastar-se da condenação por peculato a adiposa causa de aumento considerada de ofício pelo acórdão embargado por ocasião da aplicação da pena.

(...)

Pelo exposto, requer o recebimento dos embargos com efeitos modificativos para, eventualmente mantida a condenação com o

AP 396 ED / RO

afastamento dos fundamentos que levam à nulidade do processo ou à absolvição do ora embargante, aplicar-se a este o 'princípio preeminente da isonomia' com relação às penas infligidas aos corréus pelo TJRO.

Alternativamente, requer a concessão de habeas corpus de ofício, aplicando-se o princípio constitucional da igualdade, e, de resto, a observância da regra do artigo 580 do Código de Processo Penal (...).

(...)

Pelo exposto, pede o recebimento dos embargos, com efeitos modificativos, para, no caso de eventualmente manter-se a condenação com o afastamento dos fundamentos que levam à nulidade do processo ou à absolvição, aplicar-se ao embargante o 'princípio preeminente da isonomia' com relação às penas infligidas aos corréus pelo TJRO, também no que pertine ao aumento de pena oriundo da aplicação do artigo 71 do Código Penal.

Alternativamente, requer a concessão de habeas corpus de ofício, aplicando-se o princípio constitucional da igualdade, e, de resto, a observância da regra do artigo 580 do Código de Processo Penal (...).

(...)

Pelo exposto, requer o acolhimento dos presentes embargos com efeitos modificativos para, eventualmente mantida a condenação e não aplicado ao embargante o 'preeminente princípio da isonomia', nos termos dos dois capítulos precedentes, afastarem-se as apontadas contradições, para extirpar da fundamentação todos os argumentos que se constituem em elementares do próprio tipo ou 'lastro factual' da própria imputação, afastando-se também da motivação a utilização de argumentos que caracterizem o crime de quadrilha – pelo qual já houve condenação – para exacerbar a pena do crime peculato, e vice-versa. E, com efeito, proceda-se a nova dosimetria da pena, secundum legem.

(...)

Pelo exposto, requer o acolhimento dos presentes embargos com efeitos modificativos para, em caso de eventual manutenção da condenação com a recusa dos outros fundamentos que levam à nulidade do processo ou à absolvição do embargante, eliminar-se das penas aplicadas aos crimes de peculato e de quadrilha o aumento de

AP 396 ED / RO

pena decorrente da agravante prevista no artigo 62, II, 'g', do Código Penal, com os consequentes efeitos sobre a dosimetria da pena.

(...)

Para encerrar, rogando nova reflexão e profundo, pertinente e justo sobre os temas apresentados, com suprimento das omissões e correção das contradições e erros materiais indicados, bem como os consequentes efeitos modificativos pleiteados, pede vênua registrar a sua confiança em que a Suprema Corte haverá de aplicar o direito, inclusive de índole constitucional, à espécie, fazendo justiça (...)".

5. Em razão do pedido de infringência do presente recurso, determinei a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República, que, em 3.6.2011, manifestou-se *"pela rejeição dos embargos de declaração"* (fls. 4473-4496).

6. Em 18.11.2011, determinei a apresentação do presente recurso em mesa para julgamento.

7. Em 30.11.2011, o Embargante protocolou petição para requerer a retirada *"do processo de mesa"* e a remessa *"[d]os autos ao eminente Revisor, a fim de que conheça das impugnações apresentadas em relação ao voto por ele proferido, que compôs, em aspecto relevante do acórdão embargado, as razões de decidir do Tribunal"*.

8. Em 1º.12.2011, decidi nos termos seguintes:

"(...) 4. O art. 23 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal prevê a revisão nos processos seguintes: ação rescisória; revisão criminal; ação penal originária prevista no art. 5º, incs. I e II; recurso ordinário criminal previsto no art. 6º, inc. III, alínea 'c'; e declaração de suspensão de direitos do art. 5º, inc. VI.

Contudo, o parágrafo único do art. 23 estabelece que '[n]os embargos relativos aos processos referidos não haverá revisão'.

5. Entretanto, considerando que se trata de ação penal originária na qual o Embargante especificamente apontou eventuais omissões no

AP 396 ED / RO

voto do Revisor, Ministro Dias Toffoli, e com o intuito de resguardar o contraditório e possibilitar a ampla defesa, defiro o pedido de retirada “do processo de mesa” e determino a imediata remessa “[d]os autos ao eminente Revisor, a fim de que conheça das impugnações apresentadas em relação ao voto por ele proferido, que compôs, em aspecto relevante do acórdão embargado, as razões de decidir do Tribunal”.

6. Encaminhem-se os presentes autos, com urgência, ao Ministro Dias Toffoli, tendo em vista que o processo estava incluído em pauta e pronto para julgamento, mantendo-se o pedido à Presidência de prioridade quando liberado o processo (...).”

9. Em 6.12.2011, os autos foram encaminhados ao Ministro Dias Toffoli e, em 7.12.2011, esta ação penal foi apresentada em mesa para julgamento.

É o relatório.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao Embargante.

2. O exame da petição recursal é suficiente para se constatar que não se pretende provocar o esclarecimento de qualquer ponto obscuro, omissos, ambíguo ou contraditório, mas tão somente rediscutir a matéria, ou melhor dizendo, rejugamento do caso, com a modificação do conteúdo do julgado para prevalecer as alongadas razões do Embargante.

Este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que são incabíveis embargos de declaração quando, *“a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa”* (RTJ 191/694-695, Rel. Min. Celso de Mello), sendo *“assente na doutrina e na jurisprudência pátrias que não se faz necessária a manifestação do julgador sobre todas as teses jurídicas ventiladas pelas partes”* (RE 518.531-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 15.3.2011).

3. Em meu voto, nessa ação, ressaltei explicitamente não haver embasamento jurídico a sustentar os argumentos expedidos pelo ora Embargante, para assegurar o êxito do seu pleito, pois não se constata elementos suficientes para afastar a competência deste Supremo Tribunal Federal para o julgamento da presente ação penal nem para reconhecer a nulidade da ação penal, absolver o Embargante ou declarar a prescrição punitiva estatal, não cabendo aqui ser cogitada a excepcional ocorrência de efeito modificativo dos embargos declaratórios nem a concessão de *habeas corpus* de ofício.

AP 396 ED / RO

4. Quanto à alegação de que haveria “omissão do acórdão condenatório em indicar a fonte probatória embasadora da conclusão de que o Embargante, ao renunciar o mandato, teria cometido fraude processual, em razão de suposta intenção de alcançar a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de quadrilha” (questão a), leio, no ponto, o excerto seguinte do julgado:

“(…) 1. A presente questão de ordem trata da subsistência, ou não, da competência constitucional deste Supremo Tribunal para apreciar e julgar réu, no dia seguinte ao encaminhamento de seu ato de renúncia à Presidência da Câmara dos Deputados. Mais especificamente, há de se decidir, inicialmente, se a renúncia do réu a mandato parlamentar, apresentada na véspera do julgamento da presente ação penal cassa a competência deste Supremo Tribunal para prosseguir no processamento penal em curso e no momento da sessão de final de julgamento.

2. Em caso análogo ao presente, também apreciado por este Supremo Tribunal, votei vencida, no sentido de que a competência constitucional desta Casa não pode ser alterada ao nuto do réu. Entretanto, naquele julgamento prevaleceu a inteligência de que não seria possível o julgamento do parlamentar que não mais detivesse a titularidade de mandato na data designada para o julgamento em Plenário.

Esta a decisão proferida no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 333, ocorrido em 5 de dezembro de 2007, Rel. Min. Joaquim Barbosa, verbis:

‘(…)’ (DJ 11.4.2008).

3. Realço, todavia, que tanto os argumentos jurídicos trazidos pelo réu, para fundamentar a declinação da competência deste Supremo Tribunal, quanto os respeitáveis votos proferidos nesse sentido, não alteram a competência-dever desta Relatoria de analisar e decidir livremente e segundo o seu convencimento, inerente à função de julgar, pois é no exame aprofundado do caso concreto que se afirma a aplicação da lei. Não se está, aqui, a ignorar os julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, mas a aplicar as regras pertinentes à espécie apreciada.

4. Inicialmente, há que se dizer uma palavra sobre a renúncia ao

AP 396 ED / RO

cargo de Deputado Federal, e seus efeitos sobre o julgamento da ação penal em pauta.

Renúncia, afirmei em outra ocasião, é ato jurídico unilateral pelo qual o agente político abandona, por decisão expressa, o cargo para o qual foi eleito. Recusa ele, assim, a continuidade de sua condição de titular do cargo no qual foi empossado por mandato popular. Pelo ato de renúncia, abdica-se do cargo que ocupa. Anotei, ainda, que 'diversamente do que ocorre na renúncia em matéria de direito privado, no direito constitucional... ela equivale ao abandono do cargo ... por manifestação expressa de sua deliberação no sentido de se negar a titularizá-lo. ... Esse voluntarismo, que no direito privado conduz à finalidade de desobrigar-se das funções inerentes ao direito renunciado, no direito público, e, principalmente, na hipótese em foco, somente pode ter como finalidade a cessação do exercício do cargo e a desobrigação de se dar continuidade ao desempenho das funções a ele inerentes. Se a vontade tem predomínio ainda hoje no direito privado, a finalidade pública é que tinge a essência de todas as relações firmadas no direito público. ... Seria inimaginável, juridicamente, que um ato unilateral de alguém pudesse sobrepujar os objetivos do processo. Não pode um ato pessoal de vontade ter o condão de extinguir um julgamento...Renúncia, no direito, é instituto específico, que se presta ao afastamento do renunciante do direito a que fez jus pelo ordenamento jurídico. Não exclui, portanto, deveres contraídos ou responsabilidades havidas no exercício do cargo, especialmente na situação analisada, em que a renúncia seria de um agente processado, mas ainda não julgado, pois que se daria durante o processo e com a finalidade de eximir-se da responsabilização. ... Não se nega, nem se o poderia, que aquele que, por qualquer razão, não se sente em condições de continuar a exercer o cargo... pode renunciar a tal desempenho, sem que se lhe possam opor embargos de qualquer natureza. Entretanto, quando o ato de renúncia ocorre durante a fase de processo e julgamento do renunciante ... há que se analisar: a) em que momento ocorre tal resignação para se conhecer de seus efeitos sobre o processo e julgamento, ou seja, de sua repercussão jurídica sobre o exercício da competência para julgar; b) qual a finalidade e quais os efeitos jurídicos concretos, inclusive para o renunciante, do julgamento e de

AP 396 ED / RO

uma eventual condenação...Se a renúncia pudesse valer a extinção instantânea do processo e determinar o exaurimento do juízo do Senado e a supressão da competência, é certo que se estaria a adotar o princípio da pessoalidade e do voluntarismo a predominar sobre a finalidade pública que domina todas as condutas dos agentes públicos. Ao contrário disso, entretanto, a igualdade de tratamento e a secundariedade dos atos de vontade pessoal predominam no trato da coisa pública, nos comportamentos de governo, nos exercícios de competência, no desempenho de mandatos' (Parecer. In A OAB e o impeachment. ps. 153 e segs.).

Na mesma direção, salientava o Ministro Evandro Lins e Silva: 'os crimes não se evaporam com a renúncia ou a extinção do mandato. Com a renúncia, o Senado não perdeu a competência para prosseguir no julgamento do acusado; ao contrário, teve-a prorrogada...' (Idem, ibidem).

Renúncia de mandato é ato legítimo, porém não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à fixação de penas.

No caso em pauta, o abandono do mandato pode se dar na espécie, afastando-se o réu do cargo que ocupava. Mas daí a ele poder subtrair-se ao julgamento é uma forma de fraude processual inaceitável e que frustra até mesmo regras constitucionais não apenas de competência (art. 55, inc. VI, da Constituição), mas do dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito, e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente.

Por isso, os efeitos da renúncia somente se entendem com o que seja legítimo no ordenamento, como forma de desincumbir-se o renunciante do encargo, mas não como mecanismo de se subtrair ele de débitos que tenha com a Administração Pública ou, principalmente, com a sociedade.

Daí porque, no mandado de segurança n. 21.689, decidiu este Plenário do Supremo Tribunal, à unanimidade, que 'VI. - A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de 'impeachment'. VII. - Os princípios

AP 396 ED / RO

constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (C.F., art. 37). ...'.

Analogia feita ao que sedimentado na jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto a crimes de responsabilidade dos agentes políticos, não seria razoável se romper a igualdade de tratamento, permitindo que ação penal pudesse deixar de ser julgada pelo órgão competente, quando, às vésperas da sessão de sua apreciação, renunciasse ao cargo o mandatário nela feito réu.

5. De se enfatizar a data da renúncia apresentada pelo réu. Como assinalado, foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal por este Plenário do Supremo Tribunal.

Não é difícil afirmar os motivos e os fins a que se destinou aquele ato. E não se há desconhecê-los para reconhecer, de um lado, a legitimidade da renúncia, e, de outro, a ausência de efeitos válidos e legítimos para frustrar a ação jurisdicional do Estado e tornar este Supremo Tribunal e a própria sociedade refém de voluntarismo do interessado em não se submeter a julgamento.

6. Tais elementos, motivos e fins, compõem os atos jurídicos, expondo-se eles à análise de sua validade constitucional. É a legitimidade dos motivos e dos fins que distinguem entre os atos legítimos e os ilegítimos, os aceitos no sistema jurídico ou não. Do que decorre que comportamentos formalmente iguais podem produzir efeitos distintos pela sua compatibilidade, ou não, com o ordenamento jurídico.

E é o exame dos motivos e dos fins que levam à conclusão quanto aos efeitos daquela renúncia do réu ao cargo de Deputado Federal, ocorrida na véspera da sessão de julgamento para o efeito de impedir o prosseguimento do julgamento da ação penal em pauta.

7. Na espécie em causa, motivos e fins variados poderiam conduzir à renúncia. Mas os que, no caso concreto, se tornam manifestos são os que dão conta da insubmissão ao julgamento do réu por este Supremo Tribunal Federal. A renúncia ocorreu no mesmo dia em que os juízes desta Casa reuniam-se para levar a efeito a sessão em que o julgamento, de que procura se subtrair o réu, se daria. E é o próprio réu que o confessa em sua petição.

AP 396 ED / RO

O processo penal, agora em pauta, estendeu-se por muitos anos neste Supremo Tribunal. Em todo este período o réu titularizou cargo eletivo. Não se pronunciou sobre a possibilidade de esquivar-se de eleição ou de abandonar o Parlamento para se submeter ao julgamento pelo juízo de primeiro grau. Portanto, não se há considerar imprevisão a renúncia decidida e formalizada na data de ontem, à tarde, menos de vinte e quatro horas antes deste julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Por isso, os fins da renúncia não se incluem entre aqueles que impedem o prosseguimento do julgamento por este Supremo Tribunal. O que seria ato legítimo pela decisão unilateral adotada torna-se não exercício de direito, pela ilegitimidade dos motivos e fins claros, mas abuso de direito, ao qual não dá guarida o sistema constitucional vigente. O direito, em sua realização normal e legítima, é uso, em sua realização anormal e ilegítima, abuso.

Em cuidado sobre o tema, preleciona José Olympio de Castro Filho: '... toda vez que, na ordem jurídica, o indivíduo no exercício de seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, toda vez que o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social, verifica-se o abuso do direito (Abuso do direito no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21). Citando a doutrina objetivista afirma aquele autor, "pode haver abuso do direito mesmo sem a intenção de prejudicar. O ato é lícito ou ilícito conforme se realiza ou não de acordo ou em harmonia com a finalidade do instituto jurídico' (idem).

8. Dentre as formas de abuso de poder aquele autor cita a fraude, que consiste em 'atos reais, queridos e realizados efetivamente, mas combinados de tal maneira que, ainda sendo lícitos em si, permitem burlar a lei e fazê-la produzir efeitos contrários a seu espírito e a seu fim' (idem).

E acentua Josserand que 'na maioria dos casos, o autor do ato fraudulento não se propõe a causar prejuízo a outrem; seu objetivo essencialmente único é a salvaguarda de interesses pessoais; quer obter um benefício ilícito, escapar ao cumprimento de uma obrigação que

AP 396 ED / RO

normalmente lhe incumbe, por exemplo, enganando a administração, frustrando a vigilância do fisco' (Los móviles em los actos jurídicos. Apud CASTRO FILHO, José Olympio – op. cit., p. 93).

No mesmo sentido Rippert, em sua obra sobre 'a regra moral nas obrigações civis', pondera que: 'há uma outra espécie de fraude a que se chama fraude à lei. ... Não se trata, com efeito, necessariamente dum conflito de interesses privados mas, algumas vezes, duma tentativa feita de comum acordo com vários interessados para fugir à aplicação duma regra jurídica imperativa. Defraudar a lei é elidir a aplicação de lei normalmente aplicável, por essa lei vir embaraçar os interesses ou as vontades' (RIPPERT, Georges – A regra moral nas obrigações civis. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 331).

9. Na espécie em pauta, o que se tem é prática que, conquanto formalizada como ato válido, abriga pretensões incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque excluem a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal.

É de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a lição segundo a qual '... o abuso de direito... compreende todas as hipóteses de exercício de direito em que seu titular excede os limites morais mínimos que o fundamentam, os princípios que informam a categoria jurídica de que participa, contrariando o interesse social que a norma jurídica teve em mira ao qualificar esses tipos de situações jurídicas, em que se verifica seu exercício de maneira anormal, além do razoável, segundo uma concepção objetiva de justiça, de proporcionalidade admissível entre o poder jurídico do titular do direito e do terceiro a ele vinculado' (Princípios gerais de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 496).

Não é diferente desta explanação o que se contém na espécie sob exame. O réu apresentou a sua renúncia exatamente na véspera do início da sessão de julgamento, após catorze anos de tramitação do processo, razão pela qual não se há de tê-lo como ato válido para os fins de obstar o exercício do dever do Supremo Tribunal de desempenhar a competência que lhe é constitucionalmente conferida.

10. A renúncia a cargo público, mais ainda em se cuidando de recurso adotado para dificultar ou até mesmo impedir um julgamento de ação penal, não haverá de servir a fins contrários ao dever que cada

AP 396 ED / RO

um tem de se submeter ao julgamento pelos seus atos na forma constitucional ou legalmente fixada.

Daí o disposto no art. 55, § 4º, da Constituição brasileira, segundo o qual 'A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º'.

11. Aquele dispositivo constitucional, introduzido no sistema pela revisão de 1993, conjuga-se com a finalidade de moralizar o comportamento parlamentar, impedindo adoção de providência do interessado para se livrar de qualquer processo, incluídos, mas não apenas, aqueles em curso na Casa integrada pelo renunciante.

Aquela norma constitucional dispõe sobre duas situações: a primeira refere-se ao processo que visa à perda do mandato e a segunda concerne ao processo que possa levar também à perda do mandato. Concerne, pois, a processo instaurado ou protocolizado na Mesa da Casa a cujos quadros se vincula o renunciante. O segundo haverá que ser qualquer processo, instaurado perante qualquer instância, que possa levar à perda de mandato. É a lição de José Afonso da Silva: 'a lógica (na interpretação da norma) aponta para qualquer procedimento investigatório de órgão que apure faltas ou situações das enumeradas nos incisos do art. 55 suscetíveis de levar à perda de mandato' (Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 425).

Uma das situações enumeradas nos incisos do art. 55 da Constituição brasileira está exatamente no item VI, segundo o qual 'perderá o mandato o Deputado ou Senador... que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado'.

Logo, força é convir que o ato de renúncia haveria de ter os seus efeitos suspensos até o julgamento final do processo e, a partir do que aqui decidido, se teria o seu aperfeiçoamento.

Interpretação e aplicação diversa daquela norma levaria ao esvaziamento do seu conteúdo e à inocuidade do seu dispositivo, pois a prática conduziria à negativa da segunda parte do que nela se estampa.

Por isso acentuei no julgamento da Questão de Ordem na Ação

AP 396 ED / RO

Penal n. 333, ao cuidar de caso versando matéria relativa ao estatuto constitucional dos parlamentares, que alguns dos princípios que informam as normas sobre o tema devem ser realçados, especialmente porque a Constituição garante a imunidade, mas não a impunidade; que os cargos públicos voltam-se à concreção de objetivos públicos e deles não se pode valer quem quer que seja para se excluir dos deveres cidadãos de todos. Relembrei, então, lição de Black, que li aqui naquela sessão, segundo o qual 'Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa' (Henry Campbell Black, 'Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws', West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896, pag. 48).

De igual forma, pondera Recasens Siches que: 'A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado o mais justo.

*Então resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente, tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma (.....) Se o caso que se coloca perante o juiz é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a norma e se a aplicação dela a tal caso produziria resultados opostos àqueles a que ela se propôs, ou opostos às conseqüências das valorações em que a norma se inspirou, entendo que se deve considerar que a norma não é aplicável àquele caso' (LUIS RECASÉNS SICHES, *Filosofia del Derecho*, Editorial Porrúa, Mexico, 2a ed., 1961, pag. 659).*

Lembro, ainda, a lição de Ruy Barbosa, que em seus Comentários à Constituição de 1891 anota: '... a lei política de um País não se interpreta com essa rigidez, não está subordinada, permita-se-lhe a expressão, à mesma literalidade que um regimento

AP 396 ED / RO

militar. Não são disposições que principiêm e acabem cada uma em si mesmo; debaixo da lei política de cada País, existe uma subestrutura de idéias gerais que ela propõe, uma finalidade de relações imanentes que ela não define, uma base comum, uma rede intrincada e sutil de princípios, que a apóiam, que a orientam, mas que ela não particulariza. Esse conjunto de princípios constitui, a respeito da lei fundamental do País, a fonte superior de sua interpretação e às conclusões que dela decorrem estão subordinadas em sua inteligência todas as cláusulas constitucionais' (Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III, p. 411).

Seguindo a lição de Ruy há de se anotar que a Constituição abriga princípios que enfatizam o dever da jurisdição, a que todos haverão de se submeter, como obrigação cidadã ao qual não há alguém de se achar excluído por prática unilateralmente providenciada, menos ainda pela via de mecanismos que são postos para abrigar o interesse público e não para burlá-lo, para se ter mais independência no trato da coisa pública, não para se ter impunidade com o destrato do interesse público.

12. Pelo exposto, voto no sentido de persistir a competência deste Supremo Tribunal, devendo prosseguir o julgamento da presente ação nos termos legalmente previstos (...)"

5. Quanto às alegações referentes ao crime de quadrilha (questões *b* e *i*), é de se ressaltar, no presente caso, que *a*) o prazo prescricional do crime de quadrilha é de oito anos, pois a pena aplicada foi de dois anos e três meses (art. 109, inc. IV, do Código Penal); *b*) os fatos ocorreram “no período de 31.07.1995 a 19.01.1998”; *c*) a denúncia foi recebida em 4.11.2002; e *d*) o acórdão condenatório foi proferido em 28.10.2010.

Tem-se, portanto, que, entre uma causa de interrupção da prescrição e outra, não houve período superior a oito anos, o que afasta a alegação de ocorrência de prescrição retroativa.

É de se realçar que o acórdão embargado foi explícito no ponto, *verbis*:

AP 396 ED / RO

“(...) 86. Para efeito da interrupção do prazo prescricional (art. 117, IV, do Código Penal), a data legal é a da sessão plenária de julgamento desta ação penal (28.10.2010), quando se tornou pública a prestação jurisdicional penal condenatória.

Nesse sentido, a doutrina leciona:

‘Outro ponto que foi resolvido é a data exata de interrupção, ao menos da sentença condenatória. Dá-se no dia em que for publicada, vale dizer, entregue em mãos do escrivão, em cartório, conforme dispõe o art. 389 do CPP. No tocante ao acórdão, ... a tendência deve permanecer a mesma, anterior à Lei 11.596/2007, vale dizer, reputa-se publicado na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma – afinal, cuida-se de evento público. As partes podem, inclusive, acompanhar o julgamento. Não há a menor necessidade de se aguardar a redação do acórdão e sua publicação em diário oficial (eletrônico ou não). Esta última situação continua a prevalecer para a contagem de prazo para recurso, mas não para interromper a prescrição’ (NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Código Penal Comentado. 10 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 583) (...)”.

Nesse sentido, a doutrina de Luiz Regis Prado no sentido de que *“interrompe a prescrição, a partir da data do julgamento do recurso [que reforma a sentença absolutória ou da ação penal originária]”,* fundamento esse suficiente para frustrar as alegações apresentadas pelo Embargante

Ademais, a *“declaração da prescrição da pretensão punitiva em relação a[o crime de quadrilha imputado a] todos demais acusados”,* que foram processados pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, não tem qualquer repercussão neste Supremo Tribunal Federal, notadamente porque a pena aplicada àqueles na segunda instância não vincula, por razões óbvias, a dosimetria deste Supremo Tribunal e das demais instâncias.

6. Na sessão de 28.10.2010, o Ministro Cezar Peluso reiterou sua

AP 396 ED / RO

convicção firmada no julgamento da Ação Penal n. 333, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, ao tratar da manutenção da competência deste Supremo Tribunal e da inoccorrência da prescrição (questões *a* e *b*), assentando que:

“(...) A fraude à lei, expressão onde a palavra ‘fraude’, evidentemente, não tem conotação de malícia, mas significa apenas frustração da aplicação da lei, me parece absolutamente desenhada e caracterizada no caso.

Em que consiste a fraude à lei? Consiste em valer-se o interessado de norma jurídica que lhe permitiria a prática de determinado ato, para, com sua prática, obter a não incidência de regra cogente que deveria incidir sobre o caso.

Pontes de Miranda, no seu ‘Tratado’, quando examina profundamente essa questão - se não me falha a memória - diz assim: o que a fraude à lei mostra é exatamente a tentativa do interessado em supor que o juiz que vá aplicar a norma erre, aplicando a norma que não incide, em dano da norma cogente que deveria incidir e não é aplicada. É exatamente o que parece, a meu ver, com o devido respeito, caracterizar-se no caso. Por quê? Porque, valendo-se da categoria permitida da prática de renúncia - porque norma jurídica permite a renúncia -, o que se pretende, na verdade, não é tanto obter o efeito típico da renúncia, mas é evitar a incidência da norma cogente de caráter penal, que incidiria em caso de condenação, mediante a ocorrência de prescrição. Noutras palavras, pratica-se um ato aparentemente lícito para obter o quê? A não aplicação, a não incidência de uma norma cogente, no caso, de caráter penal, pela interposição da consumação da prescrição (...)”.

Nesse sentido, o parecer ministerial:

“(...) 4. Não merecem acolhida os argumentos expendidos pelo embargante, pois não foi omissa, obscuro ou contraditório o acórdão condenatório de fls. 4139/4301, que também não contém os erros materiais apontados.

5. No que se refere à suposta omissão do acórdão na indicação da

AP 396 ED / RO

prova de fraude processual intentada pela embargante, constata-se que a questão foi exaustivamente discutidos na sessão de julgamento realizada em 28 de outubro de 2010, conforme demonstram os votos de fls. 4223/4239, tendo sido objeto, inclusive, de questão de ordem suscitada pela Ministra Relatora (fls. 4162/4172), tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconhecido a subsistência da competência da Corte para o julgamento da causa.

6. A prova da fraude, como enfatizaram a Ministra Relatora e os Ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, é extraída da própria formalização pelo embargante de sua renúncia ao mandato de Deputado Federal na véspera do julgamento da ação penal, principalmente tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, pouco tempo antes do julgamento do feito, proferiu, nos autos das ações penais originárias n.º 409 e 516, suas duas primeiras decisões condenatórias penais contra detentores de prerrogativas de foro desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

7. Embora lícita a renúncia do embargante ao mandato parlamentar antes do julgamento do feito, não há dúvida de que houve manifesto abuso de direito, por ter sido este exercido em circunstâncias anormais, criando uma desproporção objetiva entre a utilidade do seu exercício pelo embargante e as consequências suportadas por terceiros, no caso, a sociedade brasileira, principal interessada na punição de réu que se associou a outros agentes públicos e a particulares como o fim do cometer crimes contra a Administração Pública que culminaram, entre outras consequências lesivas, em elevado prejuízo ao erário público.

8. É justamente tal abuso de direito que torna indiscutível o intuito fraudulento do embargante ao renunciar ao mandato de Deputado Federal. Irrepreensível, portanto, a conclusão dessa Corte quanto à sua competência para o julgamento do feito.

9. Por oportuno, destaque-se que a prescrição da pretensão punitiva estatal relativamente ao crime de quadrilha praticado pela embargante e os demais envolvidos não se consumou, tendo a publicação do acórdão de fls. 4139/4301 ocorrido em audiência, antes, portanto, da consumação do lapso prescricional.

AP 396 ED / RO

10. O art. 117, inciso IV, do Código Penal, ao prever como causa interruptiva da prescrição a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis, não vincula a publicidade do ato à sua publicação no órgão oficial, ato processual cuja função prioritária é a intimação das partes, pois, nos termos do art. 242 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente aos feitos criminais, 'o prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão'.

11. Essa interpretação do art. 117, inciso IV, do Código Penal vai ao encontro do disposto no art. 389 do Código de Processo Penal, segundo o qual a sentença penal condenatória proferida pelo juízo de 1º grau (...), muito embora exija-se a posterior intimação das partes e/ou de seus advogados na forma dos art. 390 a 392 do citado diploma legal, ato processual a partir do qual, como visto, tem início o prazo para a interposição de eventuais recursos.

12. O mesmo diga-se em relação ao acórdão condenatório proferido pela Supremo Tribunal Federal, cuja publicação, em sentido material, ocorreu durante a própria sessão plenária da Suprema Corte, quando, indiscutivelmente, torna-se público o resultado do julgamento – que é, como sabido, transmitido em tempo real, para todo o país, por meio de televisão, rádio e internet.

13. Entretanto, por trata-se de decisão proferida em única instância e tendo em vista a relevância da matéria apreciada pela Corte Suprema, incabível a intimação das partes em audiência, nos termos do art. 242, § 1º, do Código de Processo Civil, como sugerido pelo Ministro Joaquim Barbosa (fls. 4271), considerando-se efetuada a intimação das partes, em atenção ao princípios do devido processo legal e da ampla defesa, nos termos do § 1º do art. 104 do Regimento Interno do Tribunal, 'no dia da circulação do Diário de Justiça' onde deu-se a publicação oficial do ato, data a partir da qual, nos termos do caput do citado artigo, começam a correr os prazos para a prática dos atos processuais posteriores, incluindo, portanto, a interposição de eventuais recursos.

14. Nesse contexto, merece destaque a decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto ao julgar agravo regimental interposto nos autos da Ação Penal nº 409:

AP 396 ED / RO

'7. Com efeito, a expressão 'publicação' (do acórdão condenatória recorrível) não quer dizer outra coisa senão simplesmente o ato ou efeito de conferir publicação; ato pelo qual se torna público um fato (...). O que, tecnicamente, não guarda nenhuma relação com o significado da expressão 'publicação oficial', definida no Dicionário Aurélio como 'publicação editada por órgão estatal ou paraestatal'.

8. É certo que a simples publicação do acórdão condenatório (insista-se, ato de tornar público o resultado do julgamento) também não chega ao ponto de automaticamente acionar o decurso do prazo recursal. Claro que não. Isso porque as partes – acusação e defesa – têm o legítimo interesse de querer saber os precisos fundamentos em que se louvou o Tribunal para proferir esta ou aquela decisão. Pelo que se mostra justo e necessário aguardar a 'publicação oficial' para efeito de interposição de recurso. Agora, para que se dê a mera interrupção do lapso prescricional, basta que se torne pública a prolação da sentença penal condenatória ou do acórdão condenatório recorrível, como ocorreu no caso concreto. Caso em que tanto o advogado do réu quanto o próprio acusado assistiram a íntegra da Sessão Plenária que deliberou pela condenação em causa. Quero dizer: não há nenhuma dúvida de que, no exato dia 13/05/2010 (ou seja, quando ainda não transcorrido o prazo prescricional de 8 anos – inciso IV do artigo 109 do CP), o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação penal ajuizada contra o Deputado Federal (...), condenando-o a uma pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção. Mesma data em que se tornou pública e notória a condenação do ora agravante, por conduto de vários canais de comunicação social (TV Justiça, Telejornais, Jornais de grande circulação), inclusive com a divulgação, na página oficial do STF na internet, da íntegra da conclusão do julgamento (...)'.

15. De fato, se a publicação, em sentido material, ocorre por ocasião da sessão de julgamento, quando se torna pública a decisão proferida, não há dúvida de que a interrupção da prescrição, efeito

AP 396 ED / RO

material do acórdão condenatório, ocorre exatamente na data em que referida sessão é realizada, muito embora para a eventual interposição de recursos deva ser considerada a data da publicação oficial no Diário de Justiça. Como ressaltado pela Ministro Relator da Ação Penal nº 409:

'Esse o quadro que se me afigura o bastante para atingir a finalidade do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, com a interrupção do lapso prescricional, mesmo se considerarmos a nova redação dada pela Lei nº 11.596/2007. Para cimentar meu ponto de vista, reproduzo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci ('Código Penal Comentado'. 10ª edição. 2009. páginas 582/583), in verbis:

'67. Sentença ou acórdão condenatórios recorríveis: a modificação introduzida pela Lei 11.596/2007, acrescentando ao inciso IV do art. 117 o acórdão condenatório, coloca fim a um dos pontos controversos em matéria de interrupção da prescrição. (...) Outro ponto que foi resolvido é a data exata de interrupção, ao menos da sentença condenatória. Dá-se no dia em que for publicada, vale dizer, entregue em mãos do escrivão, em cartório, conforme dispõe o art. 389 do CPP. No tocante ao acórdão, cremos que a tendência deve permanecer a mesma, anterior à Lei 11.596/2007, vale dizer, reputa-se publicado na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma – afinal, cuida-se de evento público. As partes podem, inclusive, acompanhar o julgamento. Não há a menor necessidade de se aguardar a redação do acórdão e sua publicação em diário oficial (eletrônico ou não). Esta última situação continua a prevalecer para a contagem do prazo para recurso, mas não para interromper a prescrição (...)'

16. Entendimento contrário, a par de significar a parcial perda de efeitos da decisão proferida no presente feito, ocorrida cerca de 1 (um) mês antes do prazo de prescrição do crime de quadrilha pela qual o embargante foi condenado, implicaria a ineficácia total das condenações criminais proferidas nas já citadas ações penais originárias nº 409 e 516, cujas publicações oficiais também ocorreram após a data em que se daria a prescrição da pretensão punitiva estatal

AP 396 ED / RO

caso sua publicação, em sentido material, não tivesse ocorrido durante as respectivas sessões de julgamento. Tal situação foi, inclusive, analisada pela Ministro Relator da Ação Penal nº 409:

'(...) Prescrição (...), entre as diversas teorias dela justificadoras, é também 'uma punição do Estado pela inércia na atuação de spoder-dever de punir' (Miguel Reale Júnior. 'Instituições de Direito Penal'. Editora Forense. 3ª Edição. Página 518). Inércia que, a toda evidência, não se verificou no caso em discussão, ante o fato de que se chegou à entrega da prestação jurisdicional – prolação da sentença penal condenatória – antes de superado o lapso prescricional descrito no inciso IV do artigo 109 do Código Penal. Tudo a significar que, em boa verdade, quem não alcançou a 'clara diferença entre publicidade e publicação' do acórdão para fins de intimação foi a defesa técnica do acusado. Defesa que sempre se marcou pelo deliberado intento de apenas forçar o reconhecimento da prescrição, com o manejo de pedidos ora inoportunos ora simplesmente protelatórios (...).' (...)"

7. Já quanto às suscitadas nulidades relativas à atuação do Ministério Público e ao desmembramento do processo-crime (questões c) *“preliminar de nulidade ab initio do processo”*, ao argumento de que o *“inquérito [teria sido] instaurado e dirigido pelo próprio Ministério Público”*; d) *“ofensa ao devido processo legal [e] ao princípio da ampla defesa”*; f) *“investigação promovida por órgão do Ministério Público de primeiro grau”* contra *“deputado estadual”*, o que representaria *“quebra do princípio do promotor natural”* e *“ofensa ao devido processo legal”*; g) *“impossibilidade de instauração de ação civil pública por promotor de justiça com atuação em primeiro grau – prerrogativa de foro do deputado estadual – nulidade de toda a prova arrecadada”*; h) *“desmembramento – decisões conflitantes – cerceamento de defesa em razão da impossibilidade de formular perguntas ao corréu Omar Miguel da Cunha – Nulidade da decisão de fl. 1922 por falta de fundamentação – cerceamento de defesa – falta de intimação do acusado quanto à decisão de desmembramento”*; n) *“desmembramento do processo – decisões conflitantes – aplicação de penas bem mais graves ao embargante frente aos demais acusados – quebra do princípio constitucional da isonomia”*; o) *“desmembramento do*

AP 396 ED / RO

processo – decisões conflitantes – aplicação de aumento de pena em razão de continuidade delitiva – quebra do princípio constitucional da isonomia”), destaquei expressamente a perfectibilidade do exercício da persecução penal e do desmembramento, nos termos seguintes:

“(...) 1ª PRELIMINAR – ‘NULIDADE AB INITIO DO PROCESSO – ‘INQUÉRITO’ INSTAURADO E DIRIGIDO PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA’ (fl. 3989).

13. Conforme relatado, em 24.6.1999, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia ofereceu denúncia contra o réu NATAN DONADON e outros sete corréus pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 288 e 312 c/c arts. 29 e 69, todos do Código Penal (formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas), ‘[c]onsiderando as várias notícias e representações questionando a licitude de um contrato de publicidade entre a Assembléia Legislativa do Estado e a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., o Ministério Público instaurou o procedimento investigatório anexo para averiguar os fatos’ (fl. 5).

14. Esse é o contexto investigatório no qual se deu o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Estadual, recebida em 4.11.2002 pelos Desembargadores do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

15. Verifica-se, portanto, que os fatos foram investigados diretamente pelo Ministério Público, que, com fundamento em inquérito civil instaurado para investigar a contratação da empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda. pela Assembléia Legislativa de Rondônia, expediu ofícios, ajuizou ação cautelar de busca e apreensão preparatória de ação civil de reparação de danos e reduziu algumas declarações que considerou imprescindíveis para a elucidação dos fatos a termo.

16. Cumpre ressaltar que o inquérito civil não foi instaurado com o fim específico de apuração de crimes, mas para a completa apuração dos fatos, que, em tese, também configurariam ilícitos

AP 396 ED / RO

administrativos e civis.

17. É certo que foi submetida ao Plenário, inicialmente no Inquérito n. 1.968 (Informativo/STF n. 325) , posteriormente, no Habeas Corpus n. 84.548 (Informativo/STF n. 471), ambos de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, a controvérsia quanto à legitimidade do Ministério Público para conduzir investigações criminais.

Consta do Informativo/STF n. 325:

“(...) Iniciado o julgamento de inquérito em que se pretende o recebimento de denúncia oferecida contra deputado federal pela suposta prática de fraudes contra o Sistema Único de Saúde - SUS, levantadas a partir de investigações efetivadas no âmbito do Ministério Público Federal. O denunciado, em sua defesa, alega a atipicidade da conduta, a inépcia da denúncia, bem como a falta de justa causa para a ação penal, porquanto o Ministério Público Federal não deteria competência para proceder à investigação de natureza criminal, incumbindo-lhe apenas, a teor do disposto no inciso VIII do art. 129 da CF, requisitar diligências e a instauração de inquérito policial. O Min. Marco Aurélio, relator, considerando que os elementos que serviram de base à denúncia provêm exclusivamente de dados obtidos em investigação criminal realizada pelo Ministério Público, proferiu voto no sentido de rejeitar a denúncia, por entender que o Ministério Público, embora titular da ação penal, não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente, no que foi acompanhado pelo Min. Nelson Jobim. Após, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa (CF, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: ... VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”). Inq 1.968-DF, rel. Min. Marco Aurélio, 15.10.2003(INQ-1968) (...)’.

Consta do Informativo/STF n. 471:

‘ (...) O Tribunal iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende o trancamento da ação penal movida contra o paciente, acusado da suposta prática do crime de homicídio, e a invalidação da

AP 396 ED / RO

decisão que decretara sua prisão preventiva. Sustenta-se a inexistência de base legal para a prisão e a impossibilidade de se admitir investigação promovida pelo Ministério Público e que viera a servir de base ao aditamento à denúncia, a partir do qual o paciente fora envolvido na ação penal. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu a ordem. Entendeu que, já existente processo devidamente formalizado, o Ministério Público, à margem das atribuições que lhe são cometidas pela Constituição Federal (CF, art. 129), implementara investigação para levantar os dados que compõem os apensos que serviram de base à denúncia contra o paciente, o que seria da competência da polícia civil.

Asseverou que ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial, sendo que, em relação a investigações de práticas delituosas, pode requisitar diligências investigatórias e provocar a instauração do inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, nos termos do que dispõem os incisos VII e VIII do art. 129 da CF, normas harmônicas com o que previsto quanto às atribuições das polícias federal e civis (CF, art. 144 e parágrafos). Ressaltou não ser possível proceder à leitura ampliada dos aludidos incisos do art. 129 da CF, sob pena de se chegar a conflito com o texto constitucional sobre o papel investigatório das polícias, transmudando-se o inquérito policial em inquérito ministerial. Destacou que o próprio art. 129 da CF dá um tratamento diferenciado, conforme o inquérito vise à propositura de ação civil pública, quando é função institucional do parquet promover o inquérito, ou à ação penal, hipótese em que lhe cumpre apenas provocar a instauração e requisitar as diligências que repute indispensáveis.

(...)

Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, adiantando seu voto, acompanhou, em parte, o Min. Marco Aurélio, no que respeita à prisão preventiva, e denegou a ordem quanto ao trancamento da ação penal. Rejeitou a argüição abstrata de inconstitucionalidade de qualquer ato investigatório do Ministério Público e reconheceu-lhe, como titular da ação penal, o poder de suplementar atos de informação. Asseverou não reconhecer, entretanto, por falta de disciplina legal, os poderes de coerção conferidos à autoridade policial

AP 396 ED / RO

no curso do inquérito. Reportou-se, em relação à legitimidade da denúncia e do seu recebimento, a acórdãos do Tribunal, que afastaram o entendimento de que, da eventual incompetência da autoridade que houvesse procedido às investigações, decorresse nulidade ou inviabilidade da denúncia. Concluiu que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilidade da ação penal que nele se funde. Após, pediu vista dos autos o Min. Cezar Peluso. HC 84548/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 11.6.2007 (...)'.

18. O Tribunal, entretanto, tem analisado situações análogas ao caso vertente.

Em julgado posterior ao início do julgamento do Inquérito n. 1.968 (que ocorreu em 15.10.2003), este Supremo Tribunal decidiu que a 'instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção', sendo que 'não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado' (v.g., Inquérito n. 1957, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 11.5.2005, DJ 11.11.05).

Na mesma linha, outros dois julgados, um da Segunda Turma (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 83.991, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 20.4.2004, DJ 7.5.2004), e outro da Primeira Turma (Habeas Corpus n. 89.158, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29.8.2006, DJ 15.9.2006).

19. Esse entendimento, que se tem considerado aplicável aos casos em que o Ministério Público tem notícia direta da infração penal, há de incidir, por maiores razões, ao caso ora exame, que os fatos apurados estão intimamente ligados à sua função institucional de 'promover o inquérito civil (...), para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' (Constituição da República, art. 129, inc. III).

AP 396 ED / RO

20. Na linha dos precedentes mencionados, verifico não haver vício algum a ser reconhecido.

21. Ainda que vício houvesse, aliás, dele não se poderia extrair os efeitos pretendidos pela Defesa, qual seja, na anulação dos atos processuais.

22. No caso ora em julgamento, que, segundo pretendi demonstrar, a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem diferenciado, como naqueles em que, a exemplo do Habeas Corpus n. 84.548, no qual se discute os poderes de investigação do Ministério Público de uma maneira geral, a conclusão haveria de ser única: ainda que vício houvesse, ele não seria capaz de anular atos do processo.

23. Esta, aliás, constitui uma tese que já foi sustentada no julgamento do Habeas Corpus n. 84.548.

O Ministro Sepúlveda Pertence, embora tenha se antecipado quanto ao mérito da questão constitucional posta naquele julgamento, para formação do *leading case*, deixou consignada a sua convicção, da qual compartilho plenamente, de que eventual vício na investigação conduzida pelo Ministério Público não teria o condão de anular o processo criminal.

Asseverou Sua Excelência, *verbis*:

‘(...) creio que se tem levado além da marca à eventual consequência de reconhecer-se a ilegitimidade do Ministério Público para proceder a atos de investigação ou de suplementação de investigação da polícia judiciária. A questão tem sua sede própria, seu momento próprio, quando, por exemplo, o indiciado se recusa a atender o chamado do Ministério Público – chame-se ou não de intimação –, para comparecer a uma investigação desta.

Outra coisa, a meu ver, inteiramente diversa, é saber se dada de barato ilegitimidade ou eventual inconstitucionalidade desses procedimentos do Ministério Público, daí decorreria a inviabilidade da ação penal ou até o desfazimento de condenação penal. Quanto à condenação, reporto-me a acórdão da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio, entendendo preclusa a matéria quando alegada após condenação. Mas, mesmo em relação à legitimidade da denúncia e do seu recebimento, gostaria de trazer ao prócere da discussão velhos acórdãos do Tribunal, que jamais entenderam que, da eventual

AP 396 ED / RO

incompetência da autoridade que haja procedido às investigações, decorra nulidade ou inviabilidade da denúncia.

Os exemplos são significativos, de uma época em que o Tribunal escreveu páginas eloqüentíssimas de sua jurisprudência, quando, logo após a tomada de poder pelo movimento armado de 1964, multiplicou-se os IPMS sempre a pretexto de investigação de infringência do artigo 2º da Lei 1802, salvo engano, vigente à época, que era a Lei dos Crimes Contra Ordem Política e Social. Numerosos foram os habeas corpus, alguns de repercussão histórica - Mauro Borges, Miguel Arraes e outros -, em que, ante a evidência de que não se estava a apurar crimes contra segurança externa do país, se concedeu habeas corpus, para coibir aquela prisão administrativa, decretada pelo oficial presidente dos inquéritos policiais militares, ou mesmo para não submeter o acusado à condução para ser inquirido nos tais IPMS. No entanto, é dessa mesma época uma série de decisões do Tribunal que dizem que o fato de ser ilegítimo IPM, porque não estava em causa nem crime militar nem crime contra a segurança externa do país, não decorria, por si só, a invalidade da denúncia que, com base no IPM, se fizesse por crimes comuns.

Tenho em mão apenas anotação do HC nº41870, relatado pelo saudoso Ministro Gonçalves de Oliveira, HC nº41888, relatado pelo Ministro Evandro Lins e Silva, e, mais recentemente, de minha lavra, o Agravo nº266214, que dizia respeito à incompetência de autoridade policial para determinado inquérito. E não me parece, efetivamente, que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, e o caso é um lugar comum, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilização da ação penal que nele se funde (...)'.

24. Conforme bem ressaltou o Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus n. 73.271, DJ 4.10.1996, as 'nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória'.

A própria doutrina também tem asseverado, conforme, entre outros, Flávio Meirelles Medeiros, que 'somente as nulidades que ocorrem dentro do processo podem afeta-lo' (MEDEIROS, Flávio

AP 396 ED / RO

Meirelles Medeiros. Nulidades do Processo Penal. 2ª ed., Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1987, p. 35), tese que se confirma, aliás, pelo próprio Código de Processo Penal, que sequer alude a vícios ocorridos durante a investigação (Código de Processo Penal, arts. 563-573).

Assim, as únicas previsões legais de nulidade são as que ocorrem no próprio processo, como a evidenciar que, proposta a ação penal, eventuais vícios formais durante a investigação não a contaminam.

Nesse sentido, os Recursos Ordinários em Habeas Corpus ns. 43.878, Rel. Ministro Evandro Lins, DJ 5.4.1967; 47.695, Rel. Ministro Adaucto Cardoso, DJ 15.5.1970; 51.543, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque, DJ 19.10.1973; 53.042, Rel. Ministro Bilac Pinto, DJ 8.1.1975; 59.397, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 16.4.1982; 59.691, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 1.10.1982; 60.931, Rel. Ministro Rafael Mayer, DJ 5.8.1983; 61.139, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 25.11.1983; 62.815, Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJ 17.5.1985; 66.428, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJ 2.8.1988; 67.056, Rel. Ministro Carlos Madeira, DJ 3.3.1989; e os Habeas Corpusns. 41.870, Rel. Ministro Gonçalves de Oliveira, DJ 7.4.1965; 41.888, Rel. Ministro Evandro Lins, DJ 10.12.1965; 56.092, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 16.6.1978; 58.120, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, DJ 27.2.1981; 60.931, Rel. Ministro Rafael Mayer, DJ 5.8.1983; 62.745, Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJ 1.4.1985; 69.895, Rel. Francisco Rezek, DJ 10.9.1993; 71.832, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 16.6.1995; 72.095, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 1.3.1996; 72.648, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJ 27.10.1995; 72.864, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 18.8.2000; 73.245, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 21.6.1996; 73.037, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 21.6.1996; 73.271, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 4.10.1996; 73.730, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 21.6.1996; 73.898, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 16.8.1996; 74.127, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 13.6.1997; 74.198, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 6.12.1996; 77.357, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 4.12.1998.

25. Essas três dezenas de precedentes mencionados referem-se aos mais variados tipos de vícios na investigação que se poderiam argüir, sendo de especial relevo o Recurso Ordinário em Habeas

AP 396 ED / RO

Corpus n. 51.543, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, DJ 19.10.1973, no qual se afastou a possibilidade de anulação do processo penal pela ausência de atribuição por parte da autoridade que presidiu as investigações.

Cuidava-se, então, de caso aventado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em que se objetivava o trancamento de processo criminal em curso na Justiça comum, sob a alegação de que teria sido instaurado com base em elementos de informação colhidos em inquérito policial militar.

Defendia-se, então, que as investigações somente poderiam ser conduzidas pela 'polícia civil', única detentora de atribuição para investigar o delito pelo qual estava o Paciente daquela impetração estava sendo processado.

O Tribunal reafirmou a sua jurisprudência, decidindo que o fato de os elementos informativos terem sido obtidos em inquérito policial militar não produziria o efeito de viciar e nulificar atos processuais de natureza comum.

Na mesma esteira o Habeas Corpus n. 62.745, Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJ 1.4.1985, no qual este Supremo Tribunal, acolhendo o parecer do saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo, então Subprocurador-Geral da República, afastou a possibilidade de anular o processo penal sob a alegação de que 'o inquérito que serviu de suporte para a denúncia foi presidido por autoridade incompetente'.

26. Independente desses precedentes e da circunstância de a matéria ainda estar sendo discutida pelo Plenário no Habeas Corpus n. 84.548 (Rel. Ministro Marco Aurélio), é de se realçar que a Segunda Turma deste Supremo Tribunal analisou os poderes de investigação do Ministério Público relativamente ao mesmo delito pelo qual o réu está sendo processado, concluindo no sentido de que os poderes de investigação do Ministério Público são válidos, legítimos e 'compõe[m] em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público'.

Refiro-me ao julgamento do Habeas Corpus n. 94.173, Relator o Ministro de Mello, DJ .11.2009, cujo julgado é o seguinte:

'(...)'

AP 396 ED / RO

Nesse sentido o julgamento dos Habeas Corpus ns. 87.610, Rel. Ministro de Mello, DJ 4.12.2009; 90.099, Rel. Ministro de Mello, DJ 4.12.2009; HC 89.837, Rel. Ministro de Mello, DJ 20.11.2009; 85.419, Rel. Ministro de Mello, DJ 27.11.2009; 91.661, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 3.4.2009; e do Recurso Extraordinário n. 468.523, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 19.2.2010.

27. Todavia, a instrução da presente ação revela que, no caso, não há necessidade de se aguardar o julgamento plenário do Habeas Corpus n. 84.548 nem de se consolidar o entendimento firmado pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal.

28. Segundo os documentos que constam dos autos, os elementos de informação que serviram de suporte para a denúncia não teriam sido extraídos de investigação penal conduzida pelo Ministério Público, mas sim de autos de inquérito civil.

É o que se extrai das alegações finais do Ministério Público e da Defesa, nas quais se afirma que ‘a peça informativa que deu suporte à denúncia foi obtida em inquérito civil instaurado para investigar a contratação da empresa MPJ MARKETING PROPAGANDA E JORNALISMO LTDA pela Assembléia Legislativa’.

29. O que se tem, pois, é que a denúncia teve como suporte elementos de informação obtidos em inquérito civil instaurado para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbrou suposta prática de ilícitos penais, chegando-se ao oferecimento da denúncia, peça inicial da presente ação penal.

30. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos obtidos em inquérito civil.

Nesse sentido o julgamento do Habeas Corpus n. 93.524, de minha relatoria, DJ 31.10.2008, do qual se extrai:

‘(...)’.

Na mesma linha, o julgamento do Habeas Corpus n. 84.367, Rel. Ministro Carlos Britto, DJ 18.2.2005, do qual se extrai:

‘(...)’.

E, ainda, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.893, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 1º.8.2008, que foi assim sintetizado:

AP 396 ED / RO

'(...)'.

31. *Rejeito, portanto, a preliminar relativa à alegada nulidade decorrente do oferecimento de denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquérito civil.*

2ª Preliminar – 'INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU – DEPUTADO ESTADUAL INVESTIGADO – QUEBRA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL' (fl. 3993).

32. *A segunda questão preliminar a ser analisada trata da eventual nulidade decorrente da alegada 'quebra do princípio do promotor natural' (fl. 3993), que, segundo a Defesa, teria ocorrido em razão da investigação ter sido conduzida 'exclusivamente por promotor de justiça com atuação em primeira instância' em desfavor do corréu Marcos Antônio Donadon, deputado estadual quando da instauração do inquérito (fl. 3994).*

33. *Em suas alegações finais, a Defesa argumenta que '[c]lonsta[ria] dos autos petição intitulada de 'AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS, COM PEDIDO DE LIMINAR 'INAUDITA ALTERA PARTE' em relação ao SR. PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA, DEPUTADO MARCOS ANTÔNIO DONADON', formulado por promotor de justiça com atuação em primeiro grau, com a finalidade confessada de obter prova criminal e de improbidade contra Parlamentar Estadual' (fl. 3994).*

Para fundamentar essa assertiva, a Defesa transcreve da ação cautelar o trecho seguinte:

'(...) Ante fundada representação que lhe foi formulada e a presença de evidências contundentes sobre malversação de dinheiro público pela Assembléia Legislativa deste Estado, o Ministério Público instaurou procedimento investigatório para apurar os FATOS e, se caso, intentar as medida judiciais necessárias (...)' (fl. 3994).

Sustenta, ainda, que 'todo o procedimento est[aria] contaminado', ressaltando que 'as testemunhas arroladas na denúncia foram ouvidas por promotores de justiça com atuação em primeira instância, responsáveis pela anômala investigação' (fl. 4015).

AP 396 ED / RO

34. *Todavia, o réu também não tem razão de direito quanto a essa segunda preliminar, pois a ação cautelar ajuizada contra Deputado Estadual em inquérito civil não se insere no rol daquelas medidas suscetíveis de processamento e julgamento originários pelo Tribunal de Justiça estadual.*

35. *Como plenamente consabido, a competência do Tribunal de Justiça de Rondônia para julgar questões que envolvam Deputado Estadual é determinada na Constituição do Estado de Rondônia (art. 87, inc. IV, alínea 'b'). No rol constitucionalmente afirmado, não se inclui a atribuição do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, ação cautelar em inquérito civil na qual figure como réu Deputado Estadual.*

De acordo com o regime de direito, que definem as competências institucionais, o processo e o julgamento de causas de natureza eminentemente civil não se acham inscritas no texto constitucional (ações cautelares, inquéritos civis, ações civis públicas, ações ordinárias, ações declaratórias etc), mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõe de prerrogativa de foro perante os tribunais pátrios.

Inexistindo, como ocorre na espécie, qualquer indicação de ato suscetível de definir, para os fins a que se refere a Constituição do Estado de Rondônia, e dentro dos limites por esta taxativamente previstos, a competência originária do Tribunal de Justiça, torna-se inviável pretender que se anule inquérito civil destinado a alicerçar futuro ajuizamento de ação civil, ainda quando referente a membro da Assembléia Legislativa.

A matéria não comporta discussão mínima por se cuidar de regra de competência constitucional expressa, que não possibilita interpretação extensiva.

36. *Ademais, é de se realçar que, conforme bem asseverou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao acompanhar o Ministro-Relator Sydney Sanches em caso análogo ao presente, a 'circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade do inquérito civil e só por si não desloca (...) a competência para julgá-lo' (HC 80.112, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.11.2000).*

No mesmo sentido se pronunciou o eminente Ministro Marco

AP 396 ED / RO

Aurélio, ao votar no Habeas Corpus n. 80.112, asseverando que 'muito embora a matéria e o tema sejam ambíguos, sendo possível vislumbrar até mesmo uma figura penal na articulação da portaria do Ministério Público, o objetivo maior é a responsabilidade civil, e não, em si, a persecução criminal. Por isso, não tenho como assentar, de início, estar diante de um inquérito que se mostra simplesmente formal quanto à qualificação de inquérito civil, mas que, em última análise, é criminal'.

37. Por derradeiro, é de se registrar, ainda, outra circunstância que deve ser considerada no exame da questão.

Refiro-me ao fato de que o inquérito civil foi instaurado pelo Ministério Público de Rondônia, com o claro objetivo de possibilitar, para efeitos extrapenais, a apuração de dados informativos necessários à constatação, ou não, de ato reputado lesivo ao patrimônio público estadual, consistente na contratação sem licitação de empresa de marketing e propaganda pela Assembléia Legislativa de Rondônia - e não da suposta participação individual do Réu ou do Corréu Marcos Antônio Donadon.

Cabe trazer à colação, bem por isso, ante a sua extrema pertinência, trechos da ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público rondoniense, que bem evidenciam o interesse civil de reparação de danos e a ausência de conotação penal na iniciativa tomada, verbis:

'(...) 1. Ante fundada representação que lhe foi formulada e a presença de evidências contundentes sobre malversação de dinheiro público pela Assembléia Legislativa deste Estado, o Ministério Público instaurou procedimento investigatório para apurar os fatos e, se caso, intentar as medidas judiciais necessárias.

(...)

7. O fato é que, iniciadas as investigações pelo Ministério Público, elas, porém, têm sido obstaculizadas pela renitência do Presidente da Assembléia Legislativa, Deputado Marcos Antônio Donadon, que, sistematicamente, não atendeu às várias requisições ministeriais que lhe foram feitas para o envio de documentos que esclareçam os fatos sob investigação. Documentos esses – enfatize-se – públicos por excelência, pois dizem respeito a gasto de dinheiro pela Administração Pública e, portanto, tem esta de se submeter a todos os

AP 396 ED / RO

desdobros e conseqüências do princípio constitucional da publicidade de seus atos e contratos (art. 37, CF), entre eles o de fornecer, quando requisitados, cópias desses contratos a órgãos legitimados a exercer a fiscalização da legalidade, como assim é o Ministério Público.

(...)

11. *A rigor, os pressupostos desta ação cautelar (fumus boni juris e periculum in mora) sequer se vinculam ao direito material eventualmente violado pelo dirigente da Assembléia Legislativa (integridade do patrimônio público) que o Ministério Público procura, com o procedimento investigatório, apurar ante a denunciada contratação ilegal daquela empresa de publicidade e de possível contratação ilegal de funcionários em comissão ou sem concurso público.*

Esses pressupostos decorrem, em verdade, da negativa da Presidência da Assembléia em atender às requisições do Ministério Público no cumprimento de suas funções institucionais.

De sorte que o fumus boni juris está, pois, do próprio texto constitucional e das normas infra-constitucionais referidas, que conferem ao Ministério Público o direito de ver atendidas suas legítimas requisições de documentos dirigidas a órgãos públicos e necessários a instruir procedimento para esclarecer malversação do patrimônio público, direito de requisição esse violado pelo requerido.

E o periculum in mora revela-se na conseqüente necessidade de se apurar, o quanto antes, esses eventuais desvios para, sem demora, recompor o dano com o ajuizamento da ação de reparação.

O que não se mostra razoável é que o investigado, enquanto ordenador de despesa pública, impeça ou procrastine, com delongas, as investigações do Ministério Público imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos e ao ajuizamento, se caso, dessa ação reparatória.

(...)

13. *Em se comprovando dano ao patrimônio público por ato de improbidade administrativa de agente público, a ação principal será a de reparação desse dano prevista na Lei 8.429/92, para cujo ajuizamento se legitima o Ministério Público (...).*

E se o Ministério Público é parte legítima para propor essa ação principal de reparação de dano, segue óbvio igualmente parte legítima

AP 396 ED / RO

para ajuizar toda e qualquer ação cautelar que se fizer necessária à salvaguarda de seu direito à investigação, seja ainda para resguardar a realização prática dessa ação principal com a qual se procurará recompor, em sendo o caso, a integridade do patrimônio público lesado (...)' (fls. 151-156).

Vê-se, portanto, que o inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público estadual, além de não se referir especificamente à pessoa do Réu ou do Corréu Marcos Antônio Donadon, mas sim à necessidade ético-jurídica de apurar o dano ao patrimônio público estadual, acha-se instrumentalmente vinculado ao ulterior ajuizamento da pertinente ação civil de reparação de danos.

Mesmo, porém, que a ação civil em questão devesse ser ajuizada contra o réu - o que se alega por mero favor dialético -, não se vislumbraria, no caso presente, a alegada usurpação de competência originária, pois, insista-se, não se inclui entre as atribuições constitucionais dos Tribunais o poder de processar e julgar, originariamente, a ação civil a que se referem aqueles atos e que venha a ser ajuizada contra determinados agentes políticos, sujeitos, em sede penal ou de mandado de segurança, à jurisdição imediata deste ou daquele Tribunal.

38. Rejeito, portanto, a segunda preliminar suscitada pela Defesa.

3ª Preliminar – ‘CRIME POLÍTICO – IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE – PRERROGATIVA DE FORO DO DEPUTADO ESTADUAL – NULIDADE DE TODA A PROVA ARRECADADA – RECLAMAÇÃO 2138 DO STF’ (fl. 4015).

39. A terceira questão preliminar a ser analisada trata da eventual nulidade decorrente da alegada ‘obtenção de provas, POR VIAS OBLÍQUAS, contra autoridades com prerrogativa de foro’ (fl. 4015), que, no entender da Defesa, teria ocorrido em razão “da prova arrecadada [ser] utilizada simultaneamente para a ação de improbidade administrativa e para a ação penal’ contra deputado estadual (fl. 4015).

40. Em suas alegações finais, a Defesa repete, basicamente, os mesmos argumentos suscitados na segunda preliminar, defendendo,

AP 396 ED / RO

ainda, que ‘toda a apuração volta-se para a investigação de crime político, o que remete a competência para a apuração de todos os fatos, e todos os seus efeitos (criminais, perda de direitos políticos, perda da função pública...) para o Pleno do TJRO, em razão da prerrogativa de foro de um dos denunciados à época’ (fl. 4016, grifos nossos).

41. *Também não assiste razão de direito à Defesa quanto a terceira preliminar, pois, além de serem totalmente aplicáveis à espécie os fundamentos pelos quais rejeitei a segunda preliminar invocada pela Defesa, o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público rondoniense não se volta para a ‘investigação de crime político’; é de se realçar que, no caso presente, sequer cabe cogitar de caracterizar qualquer dos fatos investigados como crime político.*

42. *Conforme bem asseverou o eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento da Extradicação n. 1.008, a ‘noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, de um lado, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, de outro, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). Aquele, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ‘op. cit.’, p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ‘Princípios Básicos de Direito Penal’, p. 135, item n. 119, 3ª ed., 1987, Savaiva, “inter plures”); este – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projeta-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum’ (EXT 1008, Rel. Gilmar Mendes, Redator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.8.2007).*

43. *Rejeito, portanto, a terceira preliminar suscitada pela Defesa.*

4ª Preliminar – ‘INÉPCIA DA DENÚNCIA’ (fl. 4017).

5ª preliminar – ‘INÉPCIA DA DENÚNCIA – ATIPICIDADE – AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DOS FATOS NARRADOS AO TIPO PENAL DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL – NECESSIDADE DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA’ (fl. 4025).

AP 396 ED / RO

44. *A quarta questão preliminar a ser analisada confunde-se com a quinta questão preliminar, pois tratam da eventual nulidade decorrente da alegada 'inépcia da denúncia' (fl. 4017 e 4025), que, segundo a Defesa, seria 'genérica, pecando pela falta de individualização adequada de condutas, especialmente quando cuida da situação do defendente NATAN DONADON' (fl. 4017).*

45. *Em suas alegações finais, a Defesa sustenta que a 'denúncia omite circunstâncias importantíssimas relativas às condutas imputadas ao defendente, deixando de indicar condições de tempo, modo e lugar dos supostos crimes de NATAN DONADON'; e de 'demonstrar o vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada' (fl. 4018).*

Afirma, ao final, que 'inexistindo a especificação da participação criminosa que se pretende atribuir ao defendente, com a indicação precisa de quando, como e de que forma teria praticado ou ao menos concorrido para a prática dos fatos narrados na denúncia, há que se reconhecer a vulneração ao texto do art. 41 do Código de Processo Penal, bem assim e principalmente a ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal e ao direito à amplitude de defesa' (fl. 4025).

46. *Também relativamente à suscitada inépcia da denúncia, vê-se que as alegações jurídicas expostas pela Defesa não infirmam a inquestionável validade do ato impugnado.*

É consabido que a denúncia é peça técnica, que deve ser simples e objetiva, atribuindo a alguém a responsabilidade por um fato, tão-somente. A denúncia deve conter 'a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias', com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar a ele o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal).

Toda denúncia é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e, como assentado na jurisprudência, apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação.

AP 396 ED / RO

Assim, descritos, na denúncia, comportamentos típicos, ou seja, sendo factíveis e obviados os indícios de autoria e materialidade delitivas, não se pode trancar a ação penal.

47. *Tem-se, na denúncia oferecida, além da exposição do extenso rol de cheques assinados pelo Réu à empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda., a descrição dos fatos criminosos, verbis:*

‘(...)’ (fls. 5-27, grifos nossos).

Conforme se observa, não há que se ter como censurável a denúncia ora questionada, que bem delineou os limites de atuação do Paciente nos fatos, em tese, tidos como criminosos, notadamente se considerada a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria, em especial da Primeira Turma.

Nesse sentido, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal, em 18 de dezembro de 2006, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 89.721, de minha relatoria, cujo julgado é o seguinte:

‘(...)’ (DJ 16.2.2007, grifos nossos).

No mesmo sentido: HC 84.776, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2004; HC 80.954, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 5.4.2002; HC 81.517, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.6.2002; e HC 82.393, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.8.2003.

48. *É de se ressaltar, ainda, que o Tribunal de Justiça de Rondônia recebeu a denúncia assentando que a ‘denúncia descreve todos os fatos e circunstâncias a demonstrar a configuração, dos tipos crimines praticados pelos denunciados’, bem como que ‘ficaram demonstrados na peça exordial o tempo, o lugar e o modo como foram perpetrados os delitos’ (fl. 1939).*

49. *Rejeito, portanto, a quarta e a quinta preliminares suscitada pela Defesa.*

6ª preliminar – ‘CONTINÊNCIA E CONEXÃO – NECESSIDADE DE UNIDADE DE JULGAMENTO’ (fl. 4031).

50. *A sexta questão preliminar a ser analisada trata da alegada ‘continência e conexão’ (fl. 4025), pois, no entender da Defesa, ‘não have[ria] razão para o desmembramento do processo’, já que ‘[a] denúncia foi oferecida também contra outras pessoas’ (fl. 4031).*

51. *Em suas alegações finais, a Defesa sustenta que ‘[n]ão*

AP 396 ED / RO

há réus presos e o número de acusados não é excessivo a ponto de justificar o desmembramento, que é exceção à regra de que se deve preservar a unidade de julgamento em hipóteses de conexão e continência' (fl. 4031).

Afirma que '[n]o caso dos autos existe circunstância especial que recomenda com maior intensidade a unidade de processo e julgamento', ressaltando que 'a denúncia refere-se à acusação de crime de formação de quadrilha' e que '[e]ssa modalidade criminosa é de 'concurso necessário', o que, fatalmente, obrigar[ia] o Supremo Tribunal Federal a avaliar a conduta dos demais réus' (fl. 4031).

52. *Também relativamente à suscitada continência e conexão, vê-se que as alegações jurídicas expostas pela Defesa não infirmam a inquestionável validade do ato aqui impugnado.*

53. *Conforme relatado, o desmembramento do feito deu-se no Tribunal de Justiça de Rondônia (fls. 1736-1737 e 1877), sendo mantido neste Supremo Tribunal Federal por decisão da Ministra Ellen Gracie (fl. 1922).*

54. *Investiga-se, na espécie vertente, suposta prática de crime de formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas, mediante contrato de publicidade assinado entre a empresa MPJ – Marketing, Propaganda e Jornalismo Ltda. e a Assembléia Legislativa de Rondônia, da qual, na data dos fatos, seria agente público (Diretor Financeiro) o acusado Natan Donadon, irmão do então Presidente da Assembléia Legislativa.*

55. *Segundo a denúncia, o réu 'aproveitando-se de se[u] carg[o], assinav[a] os cheques desviados, além de (...) fazer a entrega de parte deles a Omar' (fl. 27).*

56. *Além de serem sete Denunciados na origem, deve-se levar em consideração a necessidade de tramitação mais célere possível do feito relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha.*

Note-se que a pena máxima cominada ao delito é de três anos de reclusão, prescrevendo, portanto, em oito anos (Código Penal, art. 109, inc. IV), circunstância relevante na espécie vertente, pois os fatos objeto da denúncia teriam ocorrido entre 1995 e 1998.

57. *É de se ressaltar, ainda, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que há 'a possibilidade de*

AP 396 ED / RO

separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal)’ (AP-AgR 336, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004).

Nesse sentido, entre outros, o Agravo Regimental na Ação Penal n. 493, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 7.11.2008; o Agravo Regimental no Inquérito n. 2527, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.3.2010; a Questão de Ordem no Inquérito n. 559, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 19.2.93; a Questão de Ordem na Petição n. 2.020, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 31.8.2001; a Questão de Ordem no Inquérito 675, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 25.3.1994.

58. Rejeito, portanto, a sexta preliminar suscitada pela Defesa.(...)”.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que “*não viola o princípio da individualização da pena a fixação da mesma pena-base para corréus se as circunstâncias judiciais são comuns*” (*Habeas Corpus* n. 108.58, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.11.2011), pelo que, se as circunstâncias não são comuns, o art. 59 do Código Penal autoriza a aplicação de penas diferentes aos corréus.

Tal assertiva é assegurada pelo princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição da República), que admite a aplicação de penas distintas nos diversos juízos e instâncias aos corréus envolvidos no mesmo fato delituoso.

Nesse sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República:

“(...) 4. Não merecem acolhida os argumentos expendidos pelo embargante, pois não foi omissa, obscuro ou contraditório o acórdão condenatório de fls. 4139/4301, que também não contém os erros materiais apontados.

(...)

17. No que se refere às supostas omissões, contradições e obscuridades relacionadas às alegadas nulidades relativas à falta de

AP 396 ED / RO

atribuição do órgão do Ministério Público estadual com atuação em primeira instância para investigar fatos por meio de inquérito civil que culminou não só no ajuizamento de ação pública, mas de ações penais contra os envolvidos, constata-se que tais questões, suscitadas preliminarmente pelo embargante em suas alegações finais, conforme consta, inclusive, do relatório de fls. 4139/4161 (fls. 4159), também foram exaustivamente enfrentadas pela Plenário dessa Corte, que, motivadamente, considerou -as superadas.

18. Além de ter sido cuidadosamente analisada pela Relatora, que, inclusive, sistematizou a apreciação das três primeiras preliminares suscitadas pela embargante em tópicos distintos (fls. 4172/4194), a possibilidade de investigação dos fatos pelo Ministério Público por meio de inquérito civil destinado à apuração de atos de improbidade administrativa constou expressamente dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa (fls. 4253) e Dias Toffoli (fls. 4275/4277).

19. Merecem destaque, nesse contexto, os argumentos apresentadas pela eminente Ministra Relatora relativamente à primeira preliminar:

(...)

21. Ao contrário do que alegou o embargante, a análise da preliminar não se limitou à competência para a apreciação da ação cautelar, adentrando no exame do Juízo competente e da possibilidade de instauração de inquérito civil pelo Ministério Público para a investigação dos fatos:

(...)

23. Conclui-se, portanto, que houve o esgotamento da apreciação das três primeiras preliminares apresentadas pelo embargante em suas alegações finais. Os embargos, nesse ponto, não escondem o intuito do embargante de ver reapreciadas as mesmas preliminares, o que se afigura inadmissível, data venia.

24. No que se refere às supostas nulidades ocorridas em razão do desmembramento do feito, observa-se que a existência de conexão ou continência entre o feito e a Ação Penal n° 200.000.1999.001452-5, julgada pela Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, e da alegada necessidade de seu julgamento conjunto também foi suscitada pela embargante não só em alegações finais (fls. 4051/4121), como em sua

AP 396 ED / RO

defesa prévia (fls. 1989/2038), tendo sido igualmente enfrentada no acórdão:

(...)

25. Não por acaso, portanto, o embargante sequer apontou o vício que justifica a oposição de embargos declaratórios contra o acórdão de fls. 4139/4301 relativamente à apreciação da regularidade do desmembramento, limitando-se a repisar a ocorrência das citadas nulidades (...)."

8. Quanto às demais questões apresentadas pelo Embargante (questões e) *"omissão do acórdão (...) acerca de relevantíssimos fatos apontados pela defesa"; j) "matéria de ordem pública – cerceamento de defesa por ausência de realização de novo interrogatório – inobservância da nova regra do art. 400 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei 11.719/2008 – possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício"; l) "matéria de ordem pública – conflito aparente de normas – ausência de configuração de crime de peculato – possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício"; m) "voto do Ministro Revisor – Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, parágrafo 2º, do Código Penal – julgamento que extrapola os limites da acusação"; p) "fixação da pena-base – voto do Ministro Revisor – nulidade por falta de fundamentação – ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal – violação ao princípio da individualização das penas, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal – Vulneração ao artigo 59 do Código Penal"; e q)"bis in idem – nulidade da aplicação da causa genérica de aumento de pena prevista no artigo 62, II, 'g', do Código Penal"), é de se ressaltar em arremate o judicioso parecer do Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, *verbis*:*

"(...) 4. Não merecem acolhida os argumentos expendidos pelo embargante, pois não foi omissa, obscuro ou contraditório o acórdão condenatório de fls. 4139/4301, que também não contém os erros materiais apontados.

(...)

26. A circunstância de o embargante ter sido apenado com penas mais graves do que as aplicadas aos demais denunciados, não obstante

AP 396 ED / RO

não tenha sido acusado da prática dos crimes de supressão de documentos (art. 305 do Código Penal), dispensa indevida de licitação (art. 89, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93) e fraude em procedimento licitatório (art. 90 da Lei n° 8.666/93), resultou diretamente da independência dos juízos para individualização da pena segundo o grau de reprovabilidade da conduta da cada um dos envolvidos e as especificidades relativas à sua culpabilidade.

27. Quanto ao embargante, constata-se que o acórdão proferido pela Plenário dessa Corte observou minuciosamente os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como a ocorrência da continuidade delitiva, encontrando-se devidamente fundamentado, dele constando, inclusive, as discussões relativas à dosimetria da pena ocorridas durante a sessão de julgamento (fls. 4214/4222, 4260/4269 e 4291/4296).

28. Evidente, portanto, que não houve ofensa ao princípio da isonomia, devidamente respeitado não só sob o aspecto formal, pela garantia do devido processo legal e do contraditório assegurada a todos os envolvidos, ainda que em processos distintos, como sob a ótica material, pela tratamento a eles dispensado por meio da análise cuidadosa das condutas praticadas por cada um e de sua culpabilidade.

29. No que tange à alegação de cerceamento de defesa em razão da 'impossibilidade de formulação de perguntas' a Omar Miguel da Cunha, é imperativo esclarecer que, porque o codenunciado não ocupou o pólo passivo da presente ação penal, não havia impedimento para que fosse ouvido como testemunha durante a instrução processual.

30. Entretanto, a despeito da possibilidade de arrolamento de 8 (oito) testemunhas por fato criminoso, tendo em vista a aplicação subsidiária ao feito, à época da apresentação da defesa prévia, da regra prevista no art. 398 do Código de Processo Penal, o embargante limitou-se a indicar, apesar de ter sido denunciado por duas infrações penais, apenas (oito) testemunhas, deixando de arrolar o codenunciado (fls. 2037/2038).

31. Além disso, embora devidamente intimada para o requerimento de eventuais diligências na fase do art. 10 da Lei n°

AP 396 ED / RO

8.038/90, a defesa nada requereu (fls. 2527).

32. Com efeito, em momento algum da instrução criminal o embargante manifestou interesse na oitiva do codenunciado.

33. Ademais, ainda que não realizada a sua intimação quanto à decisão de fls. 1922, não teria o embargante sofrido qualquer prejuízo, pois, como visto, a despeito de não ter apontado a suposta irregularidade anteriormente, teve a oportunidade de insurgir-se contra o desmembramento do feito não só em alegações finais (fls. 4051/4121), como em sua defesa prévia (fls. 1989/2038), tendo sido a questão, como visto, devidamente apreciada pela Plenário do Supremo Tribunal Federal.

34. Por fim, quanto á suposta falta de fundamentação da decisão de fls. 1922, observa-se que sua concisão decorre do fato de se tratar de mera ratificação da decisão de desmembramento proferida pela Juízo monocrático, assim fundamentada:

(...)

35. A competência *ratione persona* dessa Corte se deu em razão de ter sido denunciado o então Deputado Federal Natan Donadon, não existindo outra razão que justificasse o processo e julgamento dos demais réus, sem prerrogativa de foro, perante a Suprema Corte.

(...)

37. No que se refere à alegada omissão do acórdão ao não apontar a prova da autoria dos delitos, há que se observar que a autoria dos delitos foi devidamente justificada não só pela menção aos cheques dos quais constam a assinatura do réu Natan Donadon (fls. 4205/4206, 4211/4286) – que, por óbvio, não se limitam à demonstração da materialidade dos delitos –, como pela referência feita às declarações prestadas em juízo pelas testemunhas Kátia Maria Tavares das Neves (fls. 2070/2073), Sandra Galdino Leite de Souza (fls. 2074/2075) e Carlos Alberto Vanzella (2076/2078) não só pela Ministra Relatora (fls. 4204/4206) como pelos Ministros Joaquim Barbosa (fls. 4254) e Dias Toffoli (fls. 4282/4284), tendo sido citado pela Ministra Cármen Lúcia o depoimento extrajudicial do coautor Omar Miguel da Cunha apenas para '(...) corroborar a prova produzida sob o crivo do contraditório (...)' (fls. 4207).

AP 396 ED / RO

(...)

39. *A alegada omissão do acórdão quanto à impossibilidade de condenação do embargante pelo crime de quadrilha devido à prescrição da pretensão punitiva do Estado contra os demais acusados, não existiu. O exame do debate transcrito às fls. 4240/4250 revela que a questão foi exaustivamente discutida durante a sessão de julgamento.*

40. *Conclui-se que, se pra a configuração do crime de quadrilha leva-se em consideração inclusive a participação de menores de dezoito anos e outros inimputáveis, bem como de agentes beneficiados pela delação premiada. Assim, não havia motivo para reconhecer eventual atipicidade no caso em tela, ainda que, em razão da demora na tramitação do processo desmembrado, tenha sido declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado relativamente aos demais codenunciados.*

(...)

42. *No que tange ao suposto cerceamento de defesa devido à não realização de novo interrogatório em decorrência da alteração do art. 400 do Código de Processo Penal pela Lei n° 11.719/2008, urge esclarecer que, embora aplique-se desde logo aos processos em curso a lei processual penal nova, permanecem válidos os atos praticados de acordo com a lei anterior (art. 2° do Código de Processo Penal).*

43. *Assim, considerando que já havia sido realizado o interrogatório do réu (fls. 1975/1978) por ocasião da entrada em vigor da Lei n° 11.719/2008 – ato processual perfeitamente válido, pois realizado com observância das regras legais vigentes –, era absolutamente desnecessária a sua repetição.*

44. *A aplicação excepcional da nova sistemática instituída pela art. 400 do Código de Processo Penal aos feitos submetidos ao Supremo Tribunal Federal só encontra justificativa, na verdade, em se tratando de processos que não observaram, desde o princípio, o rito previsto na Lei n° 8.038/90 e nos quais o interrogatório do réu não foi realizado pelo Juízo de primeira instância anteriormente à citada modificação legislativa.*

45. *Quanto à tese do embargante de que existe, no caso em tela, suposto conflito aparente de normas, há que se notar que o desvio de verbas nunca poderia ser considerado 'mero exaurimento' dos crimes*

AP 396 ED / RO

licitatórios, não só em razão da especificidade do tipo penal previsto no art. 312 do Código Penal – o qual, embora também consista em delito praticado contra a Administração Pública, possui núcleo, objeto material e momento consumativo distintos –, mas, e principalmente, devido à gravidade de tal conduta.

46. No que se refere à suposta contradição devido à aplicação das causas de aumento de pena previstas no art. 71, caput, e 327, § 2º, do Código Penal, cumpre destacar que, ao contrário do que alega o embargante, sua especial situação funcional, tal qual a continuidade delitiva, foi descrita na denúncia, seja implicitamente, na narrativa dos atos executórios por ele praticados – em especial, a emissão de cheques da contra corrente mantida pela Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia no Banco Sudameris – beneficiando-se do cargo de Diretor Financeiro da Casa Legislativa estadual, seja pela menção expressa à sua condição de 'servidor subalterno' (fls. 4) do codenunciado Marcos Antônio Donadon, Presidente da Assembléia à época dos fatos.

47. Assim, muito embora o Ministério Público estadual não tenha feito referência explícita na denúncia ao art. 2º do art. 327 do Código Penal, a aplicação da causa de aumento à pena imposta ao réu pela prática do crime de peculato configura mera emendato libelli, permitida expressamente pela artigo 383 do Código de Processo Penal, segundo o qual 'o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave'.

(...)

48. Assim, não há contradição ou erro material no acórdão referido, pois o Plenário dessa Corte limitou-se a, sem modificar a descrição dos fatos narrados às fls. 5/28, aplicar a causa de aumento de pena relativa à condição funcional do réu, já devidamente descrita na denúncia.

50. Quanto à alegação de bis in idem, constata-se, pela leitura da ementa fls. 4297/4298, que, vencidos quanto à fixação da pena do delito de peculato a Ministra Relatora e os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, prevaleceu o voto do Ministro Revisor, o qual, ao analisar a possibilidade de aplicação da circunstância agravante

AP 396 ED / RO

prevista no art. 62, inciso II, alínea 'g', do Código Penal na segunda fase da dosimetria da pena, ressaltou que a condição funcional do embargante deveria '(...) ser considerada quando da análise da existência de causa de aumento de pena, de modo a não justificar novo acréscimo nessa fase, sob pena de ocorrência de bis in idem' (fls. 4293).

51. Ou seja, ao contrário do que alegado pela embargante, embora sua condição funcional tenha sido levada em consideração pelo Ministro Revisor na terceira fase da fixação da pena do crime de peculato, foi ignorada na segunda fase, isto é, quando da análise da presença de circunstâncias agravantes e atenuantes, justamente para evitar a ocorrência de bis in idem, conforme devidamente esclarecido no voto.

52. Por outro lado, embora o Ministro Revisor tenha votado pela aplicação da circunstância agravante prevista no art. 62, inciso II, alínea 'g', do Código Penal à pena do crime de quadrilha (fls. 4296), prevaleceu, quanto ao citado delito, conforme o extrato de fls. 4297/4298, a dosimetria realizada pela Ministra Relatora, que, tal qual havia feito quando da fixação da pena do crime de peculato (fls. 4216), constatou 'no segundo estágio da dosimetria, (...) que não milita em favor do acusado qualquer circunstância atenuante nem lhe prejudica qualquer agravante (...)' (fls. 4220).

53. Conclui-se, portanto, que não merece reparos o acórdão de fls. 4139/4301, por nele haver quaisquer contradições, omissões, obscuridades ou erros materiais. Na verdade, o embargante, ao opor os embargos declaratórios de fls. 4306/4408 e postular a concessão de efeitos infringentes, procurou utilizá-los como verdadeiro recurso de apelação, buscando a rediscussão da matéria. Seu intuito, portanto, é o de obter novo julgamento da causa, que, de forma devidamente fundamentada, já foi decidida pela Plenário dessa Corte, bem como obstar o trânsito em julgado do acórdão e a posterior expedição de mandato de prisão para que se dê início ao cumprimento, em regime fechado, da pena de 13 (treze) ano, 4 (quatro) meses, e 10 (dez) dias a ele aplicada.

54. Ante o exposto, manifesta-se o Procurador-Geral da República pela rejeição do embargos de declaração (...)"

AP 396 ED / RO

A dizer, que não merece reparos o acórdão, por não haver contradições, omissões, obscuridades ou erros materiais e, que o Embargante ao opor os embargos declaratórios e postular a concessão de efeitos infringentes, procura utilizá-los como verdadeiro recurso de apelação, com o intuito de rediscussão da matéria, já decidida de forma fundamentada, pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal.

9. Assim, os embargos declaratórios não se prestam a debater questões enfrentadas de forma clara e explícita na decisão embargada (Nesse sentido: Embargos de declaração nos *Habeas Corpus* ns. 89.651, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ 19.6.2008; 83.168, Rel. Ministro Menezes Direito, DJ 13.12.2007; 90.893, de minha relatoria, DJ 22.11.2007; e 84.809, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 16.9.2005).

10. Ademais, a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que o *“que se espera de uma decisão judicial é que seja fundamentada (CF, a rt. 93, IX), e não que se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes”* (AI 317.281-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11.10.2001), notadamente quando apresentadas de maneira inédita nos embargos de declaração.

No mesmo sentido:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. I. - A jurisprudência do Supremo Tribunal é no sentido de que, tratando-se de julgamento de recebimento ou rejeição de denúncia, é dispensável a intimação pessoal dos acusados e de seus defensores, bastando a intimação do advogado constituído, mediante a inclusão do processo em pauta. Precedentes. II. - A Constituição exige que o juiz ou o tribunal dê as razões do seu convencimento, não estando ele obrigado a responder a todas as alegações dos réus, mas tão somente àquelas que julgar necessárias para fundamentar a sua decisão. III. - A

AP 396 ED / RO

jurisprudência da Corte considera suficiente a intimação da expedição da carta precatória para a prática de ato processual em outra comarca, cabendo ao interessado o seu acompanhamento, inclusive quanto à data designada para a audiência. IV. - Improcedência da alegação de ausência de defesa técnica nas alegações finais, dado que foram elas patrocinadas por defensor público, porque o réu encontrava-se em lugar incerto e não sabido. V. - A sustentação oral não constitui ato essencial à defesa. VI. - H.C. Indeferido” (HC 84.655, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 4.2.2005, grifos nossos).

11. Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar os embargos declaratórios.

É o meu voto.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O réu, por seus advogados, opõe embargos declaratórios ao acórdão publicado no DJe de 28/4/11 cuja ementa lavrou-se nos termos seguintes:

“QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE.

1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas.

2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal.

AP 396 ED / RO

3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes.

4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro.

5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político.

6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo.

8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação.

9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento.

10. Preliminares rejeitadas.

11. Ação penal julgada procedente.”

AP 396 ED / RO

Alega o embargante, o cabimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes, com possibilidade de concessão, em caráter sucessivo, de **habeas corpus** de ofício, em face da necessidade de se suprirem omissões e de se sanarem erros materiais e contradições que acabaram por resultar em grave **error in iudicando**.

Aventa, em síntese, os seguintes tópicos em seu longo arrazoado que mereceriam novas considerações do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal: *a)* – questão de ordem – renúncia ao mandato parlamentar – cessação da competência do STF – omissão do acórdão ao indicar a fonte probatória embasadora da conclusão de que o embargante, ao renunciar ao mandato, teria cometido fraude processual, em razão de suposta intenção de alcançar a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de quadrilha – necessidade de reconhecimento e declaração incidental de prescrição com relação ao crime de quadrilha; *b)* – preliminar de nulidade **ab initio** do processo - ‘inquérito’ instaurado e dirigido pelo próprio Ministério Público – ofensa ao devido processo legal – ofensa ao princípio da ampla defesa – omissão no acórdão; *c)* – investigação promovida por órgão do Ministério Público de primeiro grau – deputado estadual investigado – quebra do princípio do promotor natural – ofensa ao devido processo legal; *d)* – agente político – impossibilidade de instauração de ação civil pública por promotor de justiça com atuação em primeiro grau – prerrogativa de foro do deputado estadual – nulidade de toda a prova arrecadada; *e)* – desmembramento – decisões conflitantes – cerceamento de defesa em razão da impossibilidade de formular perguntas ao corréu Omar Miguel da Cunha – Nulidade da decisão de fls. 1922 por falta de fundamentação – cerceamento de defesa – falta de intimação do acusado quanto à decisão de desmembramento; *f)* – insubsistência do crime de quadrilha – declaração da prescrição da pretensão punitiva em relação a todos os demais acusados; *g)* – matéria de ordem pública – cerceamento de defesa por ausência de realização de novo interrogatório – inobservância da nova regra do art. 400 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei nº 11.719/2008 – Possibilidade de concessão de **habeas corpus** de ofício; *h)* –

AP 396 ED / RO

matéria de ordem pública – conflito aparente de normas – ausência de configuração de crime de peculato – possibilidade de concessão de **habeas corpus** de ofício; *i*) – voto do ministro revisor – aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal – julgamento que extrapola os limites da acusação; *j*) – desmembramento do processo – decisões conflitantes – aplicação de penas bem mais graves ao embargante em comparação aos demais acusados – quebra do princípio constitucional da isonomia; *k*) – desmembramento do processo – decisões conflitantes – aplicação de aumento de pena em razão da continuidade delitiva – quebra do princípio constitucional da isonomia; *l*) – fixação da pena-base – voto do ministro revisor – nulidade por falta de fundamentação – ofensa ao art. 93, IX, da constituição federal – violação do princípio da individualização das penas, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal – vulneração do art. 59 do Código Penal; e *m*) – **bis in idem** – nulidade da aplicação da causa genérica de aumento de pena prevista no art. 62, II, g, do Código Penal.

Ao final, pede o recebimento dos embargos

“rogando nova reflexão e profundo, pertinente e justo julgamento sobre os temas apresentados, com o suprimento das omissões e correção das contradições e erros materiais indicados, bem como com os consequentes efeitos modificativos pleiteados”(fl. 4407).

Vieram-me os autos por determinação da eminente Relatora (fls. 4505/4506). Diante das ponderações do embargante de que, tendo havido prevalência, em parte, do voto do revisor, no que se refere à pena estabelecida e à aplicação da causa de aumento prevista no § 2º do art. 327 do Código Penal, em razão de manifesto caráter infringente do recurso, far-se-ia necessária a revisão prévia para que igualmente me manifestasse sobre as alegações constantes do recurso voltadas especificamente ao meu voto, na parte que prevaleceu (fls. 4499/4503).

A meu ver não está presente nenhuma das hipóteses autorizadas da oposição do recurso declaratório.

AP 396 ED / RO

O aresto embargado não incorreu em contradição ou omissão, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, todas as questões postas em julgamento, nos limites necessários ao deslinde do feito. O embargante pretende, efetivamente, um novo julgamento da causa, fim a que não se prestam os embargos declaratórios.

Ressalte-se que as questões trazidas nos presentes embargos já foram rechaçadas e devidamente esclarecidas no julgado embargado.

No primeiro ponto ventilado pelo embargante em relação ao meu voto - aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal - julgamento que extrapolaria os limites da acusação, saliento que, em conformidade com o que expressamente consignei em meu voto, independentemente de capitulação na denúncia, encontrava-se ela devidamente narrada na exordial acusatória, **in verbis**: “[o] ora réu, Natan Donadon, irmão de Marcos Antônio Donadon, ocupava à época dos fatos a função de Diretor Financeiro da Assembleia Legislativa, e era o responsável pela liberação dos recursos desviados”, a justificar sua incidência.

Teve, sim, o réu conhecimento dessa imputação, a possibilitar-lhe o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Como destaca **Guilherme de Souza Nucci**,

“Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao se referir à correlação entre a acusação e a sentença, com acuidade, assevera que ‘(...) O tema da correlação entre acusação e sentença é pertinente ao fato processual, isto é, ao acontecimento histórico imputado ao réu. A importância está na relevância do fato processual. Por isso, concretamente, o que pode ser indiferente em relação a uma imputação, pode ser relevante em relação à outra, ainda que se trate do mesmo tipo penal. Assim, o que é acidental em relação ao tipo penal – por exemplo, uma agravante – pode modificar o fato processual, isto é, o objeto do processo.’ (**Correlação entre acusação e sentença**, p. 129-130)” (**Código de Processo Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 688).

AP 396 ED / RO

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO EM CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E DE DENÚNCIA ALTERNATIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Fato descrito na denúncia em sintonia com o fato pelo qual o réu foi condenado. 2. A circunstância de não ter a denúncia mencionado o art. 13, § 2º, a, do Código Penal é irrelevante, já que o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação dada pelo Ministério Público. 3. O juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (emendatio libelli**), sem que isso gere surpresa para a defesa. 4. A peça inicial acusatória, na forma redigida, possibilitou ao Paciente saber exatamente os fatos que lhe eram imputados, não havendo que se falar em acusação incerta, que tivesse dificultado ou inviabilizado o exercício da defesa. 5. Ordem denegada”** (HC nº 102.375/RJ, Primeira Turma, da relatoria da Min. **Cármem Lúcia**, DJe de 20/8/10).

Como segunda questão embargada ao meu voto, aventa-se que a fixação da pena-base do crime de peculato seria nula, por falta de fundamentação, com ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal e violação do princípio da individualização das penas previsto no art. 5º, XLVI, da mesma Carta, além de vulneração do art. 59 do Código Penal.

Também não colhe o inconformismo.

A pena-base, conforme se observa em meu voto, foi estabelecida em estrita observância ao que preceitua o art. 59 do ordenamento repressivo, em nada se confundindo com o denominado “lastro factual” ou circunstâncias elementares do tipo.

A esse respeito, destaco a seguinte passagem de meu voto:

“Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do

AP 396 ED / RO

Código Penal, passo às devidas considerações para a fixação da pena-base para esse delito.

Inicialmente, quanto à **culpabilidade**, valem as seguintes premissas:

(i) as provas que instruem este processo revelam a extrema censurabilidade do comportamento do agente e, em igual medida, a reprovabilidade de sua conduta. Pessoa que, valendo-se do fato de seu irmão, Deputado Marcos Antônio Donadon, ser o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, aderiu a verdadeiro estratagema para desvio de recursos públicos, por intermédio de empresa de fachada irregularmente contratada para prestação de serviços de publicidade, pondo-se a emitir cheques em suposto cumprimento àquela avença, cujos valores determinava fossem sacados por Procurador investido de poderes de gerência de uma empresa-fantasma, que os repassava a terceiros indicados pelo réu ou lhe fazia a restituição do numerário desviado;

(ii) agiu como se seus interesses pessoais estivessem acima de todas as diretrizes e regras traçadas pela lei, visando à promoção política da família Donadon (procedimento que, inclusive, mostrou-se eficaz, tanto que posteriormente foi eleito Deputado Federal), determinando a emissão de cheques sem a mínima exigência de documentação contábil que pudesse autorizar o dispêndio, fato que não poderia ignorar; tudo a evidenciar alta censurabilidade da conduta protagonizada pelo réu.

Antecedentes: nesse ponto específico, ainda que na folha de distribuição acostada a fl. 1766 exista menção a outra ação penal instaurada contra o réu por idêntica infração, não há nos autos prova da situação processual atualizada daquele feito, com o respectivo trânsito em julgado de seu desfecho, que enseje a exasperação da pena-base, de modo que devem ser tidos como favoráveis ao sentenciado.

Conduta social e personalidade do agente: elementos que, a despeito de as peças contidas nos autos não permitirem avaliar, com segurança, o comportamento do agente perante a

AP 396 ED / RO

sociedade e a respectiva personalidade – entendida essa como o conjunto de características pessoais do acusado –, foram nesta data identificados como desfavoráveis ao sentenciado. Veio ele a renunciar, na véspera do julgamento, ao seu mandato parlamentar, em manobra destinada a evitar sua sujeição em tempo e hora ao devido julgamento por esta Suprema Corte, tudo no intuito de alcançar eventual prescrição da pretensão punitiva pelas acusações que lhe são feitas, a revelar comportamento moral e eticamente reprovável, bem como personalidade deformada e incompatível com as normas de conduta que o homem público comprometido com as nobres funções de que se encontrava investido deve observar.

Motivos do crime: o detido exame das peças dos autos revela que os motivos do crime desfavorecem o acusado. Para tentar destacar e difundir o nome da família Donadon pelos meios dos comunicação no Estado de Rondônia, e visando eleger-se Deputado Federal (como de fato ocorreu), não se pejou o réu em desviar recursos dos cofres da Assembleia Legislativa de Rondônia, determinando a realização de pagamentos a alguns veículos de comunicação, nem em embolsar e distribuir recursos financeiros oriundos da mesma fonte ao grupo responsável pela articulação do esquema criminoso, a justificar maior rigor na fixação da reprimenda.

Circunstâncias: no caso, chama a atenção o particularizado modo como o acusado e seu irmão dirigiram a prática delitiva, fazendo-o por interpostas pessoas e simulando a prestação de serviços mediante contrato irregularmente firmado entre a Assembleia Legislativa e empresa de fachada, motivo pelo qual não posso deixar de considerar, também, como desfavoráveis as circunstâncias da prática delitiva.

Consequências: nesse contexto, verifica-se que o desvio perpetrado alcança cifras milionárias (R\$ 8.400.000,00 sem atualização monetária) provocando considerável abalo no seio da sociedade local, tendo por resultado efetivo descrédito na classe política e inegável abalo nas finanças públicas, o que também repercute negativamente na aferição da pena.

AP 396 ED / RO

Comportamento das vítimas: no caso em análise, há de se considerar a inexistência de qualquer participação do ente público no desfalque contra ele perpetrado pelo sentenciado e por seus comparsas, principalmente considerando que era a Assembleia Legislativa, na ocasião, presidida por corrêu.

Presente esse quadro, tenho para mim que a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente, as circunstâncias, os motivos e as consequências do delito foram desfavoráveis ao sentenciado, motivo pelo qual **fixo a pena-base em cinco (5) anos de reclusão** (em patamar intermediário, entre o mínimo e o máximo legalmente admissível) **e trinta (30) dias-multa, de valor unitário equivalente a um (1) salário-mínimo** (fixado o valor unitário em atenção às condições pessoais e econômicas do sentenciado, que justificam a exasperação desse valor no caso concreto – CP, art. 49 e § 1º).”

Quanto à culpabilidade, destaco que, nesta fase da decisão, a consideração se faz em seu sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

A culpabilidade em sentido estrito, a que se refere o embargante, de fato já se encontra compreendida na análise para a composição da existência do delito (onde, além da reprovação social, considerou-se a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito).

Nesse sentido, destaco as precisas lições de **Souza Nucci**, segundo as quais, por força de exigência do legislador, volta-se a

“exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece – o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu – justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. Frisando que a culpabilidade incide tanto sobre o fato, quanto sobre seu autor: MIGUEL REALE JÚNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ADREUCCI e SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, Penas e medidas de

AP 396 ED / RO

segurança no novo Código, p. 175. Levar em consideração um mesmo fator em diferentes estágios não é incomum: o próprio art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de 'sursis', concessão do regime aberto, etc). (...) Pode-se sustentar que a culpabilidade prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso. Nessa ótica: STF 'Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta' (HC 97.677/PR, 1ª T., rel. Cármen Lúcia, 29.09.2009, m.v., embora o voto vencido diga respeito a outro tema)" (Comentários, p. 400).

Em relação aos motivos, como se pode verificar, nada têm os elementos invocados com as elementares do tipo penal.

Quanto às circunstâncias, elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, essas envolvem necessariamente o delito, não podendo ser tidas como "lastro factual".

Não se prestam, finalmente, os embargos à pretendida rediscussão dos temas, com reavaliação das premissas impugnadas pelo embargante.

Apenas a título de registro, esclareço que o fato de haver sido o réu "cooptado" para se integrar a uma quadrilha não é impeditivo de que, uma vez associado aos demais, passasse, como de fato passou, a dirigir a prática dos crimes, enquanto o consignado "abalo no seio da sociedade" rondonense é situação fática aferível pela simples consulta às cópias dos periódicos locais que ensejaram o início das apurações por improbidade administrativa na Assembleia Legislativa daquele Estado.

Quanto aos demais temas destacados no recurso, reporto-me ao quanto decidido pela eminente Relatora.

Pelos argumentos apresentados no presente recurso, percebe-se que o embargante pretende obter uma segunda chance de ter a causa decidida

AP 396 ED / RO

em seu favor. É notório que não há nenhum dos vícios do art. 619 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

**TRIBUNAL PLENO
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL 396
ESCLARECIMENTO
(S/ MATÉRIA DE FATO - ADVOGADO)**

O SENHOR ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES (ADVOGADO)
- Eminentemente Presidente, Vossa Excelência admitiria uma questão de ordem, um esclarecimento quanto à matéria de fato, obviamente, com a aquiescência da eminente Relatora e do eminente Revisor?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Eminentemente Relatora?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Pois não, se for de fato.

O SENHOR ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES (ADVOGADO)
- Eminentemente Presidente, eminentes Ministros e Ministras, a questão é a seguinte, eu não fui o advogado do julgamento que aqui foi proferido e que gerou o acórdão ora embargado. Fui constituído para acompanhar os embargos de declaração.

Quando ingressei nos autos, eminentemente Presidente, eu fiz acostar, aos mesmos, uma certidão, um dado superveniente, dando conta de que os corréus, acusados de serem os organizadores do crime, de que o embargante teria sido mero partícipe, eles teriam sido condenados a penas muitíssimo inferiores às penas impostas pelo Supremo a ele, no caso, o embargante.

Fiz juntar e, na oportunidade, verifiquei, eminentemente Presidente, que, nos embargos de declaração, sustentava-se, ainda que sem aprofundamento, que, entre os vícios, estaria o de que a pena aqui imposta era diversa daquela imposta aos corréus em processo desmembrado, numa relação de conexidade intersubjetiva.

AP 396 ED / RO

O eminente Procurador-Geral disse na denúncia, eminentíssimo Presidente, ele disse que: II - Natan Donadon teria sido cooptado pelos réus para a prática do crime. Os corréus foram condenados, inclusive com agravante do artigo 62, I, porque organizaram e cooptaram Natan Donadon.

Então, veja Vossa Excelência, o registro fático. Juntei a certidão que dá conta do seguinte: Natan Donadon foi condenado, os corréus foram condenados a 1 ano e 6 meses por quadrilha. Natan Donadon, o partícipe cooptado, foi condenado a 2 anos e três meses. Natan Donadon...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, eu gostaria, porque eu tratei disso, especificamente, agora no voto. Então, eu gostaria só que se ativesse ao fato.

O SENHOR ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES (ADVOGADO) - Perfeito. Só um registro fático sem nenhum juízo de valor, um juízo fático relevante.

Aqui, Natan Donadon, o cooptado partícipe, foi condenado a 11 anos e 1 mês, e os que o cooptaram foram condenados a 4 anos e 3 meses de reclusão.

Então, a questão posta, eminente Presidente, de índole eminentemente constitucional, diz com a aplicação do princípio da isonomia.

Fiz juntar, Presidente - só o último registro -, acórdãos Plenários e de todas as Turmas dizendo que, havendo divergência de penas relativamente a corréus acusados de cometimento de crime em relação de conexidade intersubjetiva, o Supremo Tribunal Federal haverá de observar o princípio da isonomia, ainda que a decisão discrepante seja sua. A decisão é do Ministro Pertence, e em numerosos precedentes do Tribunal. Veja, Vossa Excelência, que isso é uma questão de grande relevância constitucional.

E mais ainda, finalizo, Presidente, porque, nos acórdãos citados, está dito que essa é uma questão de ordem pública, aferível, pelo Supremo, de

AP 396 ED / RO

ofício - eu transcrevi nos memoriais -, de ofício e, com maior razão, por provocação da parte. Mais ainda, o Supremo pode apreciar em embargos de declaração e até em revisão criminal.

Como isso é uma matéria posta mediante documentos dos autos - eu fiz juntar a certidão -, e a discrepância existe, a questão submetida à Suprema Corte é de grande relevância constitucional: o Supremo deve, ou não, se submeter ao princípio da isonomia. Não se cuida de saber se o Supremo se submete às instâncias ordinárias.

É disso que se cuida, eminente Presidente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Eminente Advogado, eu gostaria de indagar a Vossa Excelência: essa sentença de primeiro grau foi submetida a recurso, evidentemente?

O SENHOR ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES (ADVOGADO) - Foi, transitou em julgado para o Ministério Público, a defesa dos acusados ingressou com recursos e perdeu todos eles.

A eminente Ministra Eliana Calmon - Vossas Excelências podem verificar no *site* do STJ - já mandou baixar o processo. Então, essas penas transitaram em julgado com relação ao corrêu, a todos os corrêus, em situação infinitamente mais grave, porque teriam cooptado o embargante no caso concreto de que se cuida.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Eu indago se os...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não, eu respondi, inclusive nos embargos, no longo voto que acabo de ler, sobre o princípio da isonomia, e à circunstância de o Supremo Tribunal ter analisado e ter emitido o juízo de acordo com as provas dos autos.

Eu não tenho nada a acrescentar, Senhor Presidente.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, também vou acompanhar os votos já proferidos.

Mesmo quanto a essa questão agora suscitada, não há como, no meu entender, fazer juízo a respeito num âmbito de embargos declaratórios, até porque a individualização da pena comporta exame não só da participação eventual de cada um dos corréus, como da sua culpabilidade, enfim, de todos os elementos que podem conduzir a decisões diferentes para cada réu. Parece-me que o caso seria mais apropriado no âmbito de revisão criminal, se for o caso.

De modo que eu acompanho a Relatora e o Revisor.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
EMBTE.(S)	: NATAN DONADON
ADV.(A/S)	: BRUNO RODRIGUES
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO CORRÊA
ADV.(A/S)	: MAURO MACHADO CHAIBEN
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

NOTAS PARA O VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, da mesma forma, acompanho o voto da Relatora, o Ministro Revisor e o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu me ative a todos os argumentos que aqui foram suscitados e me permita só, em homenagem até à dedicação do eminente Advogado, assentar alguns aspectos que foram aqui invocados, e que não teriam sido levados em consideração. Primeiro, essas questões precedentes da persecução penal, que levariam à invalidação. Eu, então, estou preconizando aqui o que é a jurisprudência da Corte no sentido de que os vícios do inquérito e as irregularidades ocorridas não contaminam o processo da ação penal. E aí eu cito aqui inúmeros acórdãos nesse sentido.

Por outro lado, muito embora eu também me filie à possibilidade de o Ministério Público promover a apuração criminal, nos elementos que ele já detenha, de toda sorte, também com base nesse fundamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, eu também desacolho essa questão em sede de embargos de declaração.

Aqui também há a alegação da ausência do interrogatório, segundo a novel legislação, que impõe que ele se realize ao final. Sucede que aqui - é até da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski no Pleno - há um julgado no sentido de que realmente isso deve-se fazer ao final, que é **lex mitior**, com exceção das ações nas quais o interrogatório já tenha se ultimado; essa é a jurisprudência do Pleno, não é?

Por fim, Senhor Presidente, essa é realmente uma questão de grande eminência, uma questão importante essa questão da isonomia. Mas, de toda maneira, o Supremo Tribunal Federal tem uma Súmula claríssima no sentido de que são improcedentes os embargos declaratórios quando não pedida na declaração do julgado anterior em que se verificou a omissão.

Então, na verdade, nós não estamos diante de uma omissão; nós estamos diante de uma novel tese, que é uma tese absolutamente inovadora, que ainda não foi tratada sob esse enfoque constitucional da

AP 396 ED / RO

isonomia no julgamento, merecendo, então, realmente figurar como **causa petendi** de uma ação de revisão e, quem sabe, até com uma tutela antecipada com base nesse fundamento, mas não em sede de embargos declaratórios, porquanto a abertura desse precedente seria extremamente danosa à jurisprudência do Plenário.

Então, com essas considerações, e em consideração à envergadura da atuação do eminente Advogado, eu também acompanho o Relator.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, na última terça-feira, numa das Sessões das mais animadas, diria eu, do ponto de vista da discussão jurídica, nós tivemos um debate interessante num *habeas corpus* sobre penas, eventualmente, discrepantes aplicadas a dois réus no mesmo processo. Tratava-se de crime militar: dois réus cometeram um furto; eram armas que estavam depositadas num museu do Exército, mas essas armas ainda tinham condições de uso. Esses dois réus, num HC que foi relatado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes - teve a ordem deferida -, foram apenados a seis anos de reclusão, numa pena que poderia variar, segundo o Código Penal Militar, de 3 a 15 anos.

Um outro *habeas corpus* que ingressou neste Supremo Tribunal Federal - eu fui o Relator -, concernente justamente ao receptador; e o receptador dessas armas - que foram furtadas de um museu militar, como eu disse - foi apenado com 4 anos de reclusão, numa pena que variava de 0 a 5 anos. E discutiu-se então, Senhor Presidente, eminentes Pares, se seria possível nós, num *habeas corpus*, portanto, num procedimento judicial de angustos limites probatórios, rediscutir a dosimetria da pena. E eu invoquei - inclusive, como tenho invocado sempre - um acórdão de lavra da eminente Ministra Cármen Lúcia, que, em sede de *habeas corpus*, tendo em vista exatamente a estreiteza dos limites probatórios, não seria possível fazer-se um novo juízo de reprovabilidade. Foi uma questão muito discutida, o eminente Ministro Teori Zavascki entrou na discussão, trazendo aportes importantes do ponto de vista argumentativo; também o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia, e, depois de muito debate, eu inclusive deixei a questão em aberto, para que a Turma pudesse avaliar se havia ou não uma desproporção entre as penas

AP 396 ED / RO

aplicadas aos furtadores e ao receptador. E nós entendemos, então, que não seria possível, naquela via, promover um novo juízo de reprovabilidade.

Neste caso, também, Senhor Presidente, respeitando a intervenção do ilustre advogado Nabor Bulhões, ou atento a ela, eu me inclino, justamente, a decidir - não apenas acompanhando a Relatora e o Revisor, mas também na linha do que foi dito pelo nosso novo Colega, experimentado Colega, Teori Zavascki - que tal juízo não pode ser realizado em sede de Embargos de Declaração. Também, os limites são extremamente angustos, estreitos. Melhor seria examinar essa questão, se for o caso e pertinente, em sede de Revisão Criminal.

Portanto, Senhor Presidente, tendo em conta esta recente discussão que tivemos, eu acompanho a Relatora e o Revisor, no sentido da rejeição dos embargos.

13/12/2012**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também eu, Presidente, ressaltando o brilho do trabalho do Professor Nabor Bulhões, e destacando todo o cuidadoso e meticuloso trabalho da Relatora como foi também destacado, não vejo como, nesta sede, que segundo a própria jurisprudência não permite, salvo em situações excepcionalíssimas, a Revisão em sede de Embargos de Declaração. Daí, inclusive, as cautelas de estilo tomadas e enunciadas pela eminente Relatora.

É claro, e dá pra se perceber, que, diante das vicissitudes que marcam essa história dos desmembramentos, nós vamos, certamente, conviver com essas possibilidades de possíveis incongruências; ponto que o Ministro Lewandowski também ressalta.

Sem dúvida alguma, nós estamos, ainda, a desenvolver esse debate em torno dos critérios, propósito dos desmembramentos, sabendo que nem é possível fazer-se um julgamento integrado estamos tendo as dificuldades conhecidas na Ação Penal nº 470, e também não se fazer uma desintegração que produza, desde logo, essas incongruências, especialmente quando se diz respeito a esses crimes com participações plúrimas. O caso mesmo é de quadrilha, já que desenhado.

Certamente nós vamos ter de continuar refletindo sobre essa temática, a razão, inclusive, dos desmembramentos e dos agravos regimentais, que virão e vêm ao Plenário, em torno dessas decisões.

Mas, com essas brevíssimas considerações, eu também registro o elogio ao cuidadoso voto da Relatora e à manifestação do Revisor, e os subscrevo.

13/12/2012**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, surge, realmente, um paradoxo, no que os corréus foram apenados em patamares bem inferiores àquele patamar, em que apenado o embargante. Esse fato, a meu ver, vem demonstrar a erronia, em termos de sistema, como um grande todo, da prerrogativa de foro.

Evoca o embargante o artigo 580 do Código de Processo Penal, a versar que:

Art. 580 - No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Longe de mim emprestar a esse dispositivo interpretação simplesmente gramatical, verbal, a ponto de jungi-lo a situação concreta em que recorra um dos réus, não recorra outro, e se tenha a incidência apenas nesse caso.

O preceito tem sido interpretado com abrangência maior – como diria o ministro Carlos Ayres Britto, "com generosidade", levando em conta os acusados.

Mas indago: nessa situação concreta em que, por isso ou por aquilo – e aqui já não estou nem perquirindo circunstâncias judiciais, atenuantes, causas de diminuição –, na primeira instância da Justiça local, houve apenação de acusados em gradações inferiores às utilizadas quanto ao embargante, é possível observar-se a isonomia – a isonomia-inspiração, como disse o ministro Sepúlveda Pertence – do legislador relativamente ao artigo 580 do Código de Processo Penal? Penso que não, Presidente. Não chega a tanto, mesmo que se desconsidere a problemática da referência a recurso, o disposto no artigo 580, porque, se não for assim, a decisão do Supremo passaria a ficar atrelada à de primeira instância, ainda que formalizada com vício de julgamento, ou, até mesmo, de

AP 396 ED / RO

procedimento.

Excluo, portanto, a incidência do artigo 580 do Código de Processo Penal e digo que os precedentes citados no memorial não têm abrangência, a ponto de apanhar o caso concreto.

No *Habeas Corpus* nº 61.926, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, cuidou-se de situação jurídica relativa ao mesmo processo. No *Habeas Corpus* nº 6.971, houve referência a decisões do mesmo Juízo.

Tive dúvida quanto à incidência da causa de aumento do artigo 327, § 2º, do Código Penal, mas esclareceu-me o relator, reafirmando – e creio que não percebi bem essa parte do voto da relatora, mas Sua Excelência certamente abordou o tema – que, no caso, à época, o embargante não era um cidadão comum, era o Presidente da Assembleia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ele era o Diretor-financeiro da Assembléia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O embargante era o diretor-financeiro da Assembleia. E os contratos foram formalizados com a participação da Assembleia. Se se tratasse da coautoria de cidadão comum que não guardasse a qualificação de funcionário público, ou de uma situação equiparável por lei, não teria a menor dúvida em afastar a causa de aumento.

Quanto à quadrilha, Presidente, na origem, a prescrição da pretensão punitiva foi formalizada a partir da pena concretizada, vale dizer, os corréus envolvidos no processo que resultou do desmembramento foram condenados pelo crime de quadrilha. E, então, não cabe a evocação da doutrina, segundo a qual se teria quadrilha com partícipes em número inferior a quatro.

Surge uma questão da maior importância que está relacionada à prescrição da pretensão punitiva. A meu ver, não podemos entender ser julgamento procedido sinonímia de publicação do acórdão, mesmo porque, logo após o julgamento, ainda não se tem sequer confeccionado o acórdão, e não é dado atribuir ao legislador a inserção de vocábulos

AP 396 ED / RO

inúteis em dispositivo legal.

Com a reforma do Código Penal, com a alteração do artigo 117, no que simplesmente dispunha, como fator interruptivo da prescrição, sobre a sentença condenatória recorrível – e surgiria a ambiguidade quanto ao vocábulo recorrível –, passou-se a ter alusão à publicação da sentença e disjuntiva “ou” atraindo o vocábulo publicação, quanto ao acórdão condenatório, recorrível ou não.

Apontou muito bem o embargante, na mestria do Advogado que está na tribuna – perdoe-me Sua Excelência o elogio de corpo presente, mas não vou votar na matéria contra o que sustentado por Sua Excelência e geralmente quando se elogia o advogado, vota-se, a seguir, de forma contrária ao que pleiteado –, que a denúncia foi recebida, na origem, quanto a todos os réus, porque ainda não detinha o embargante a prerrogativa de ser julgado pelo Supremo, em 4 de novembro de 2002.

A prescrição, presente a pena imposta, superior a 2 anos, ocorreria em 8 anos. Houve o julgamento em data compreendida dentro dos 8 anos, mas o fator interruptivo somente veio à balha posteriormente, ou seja, o acórdão não foi publicado – e o que quer a lei como a revelar a interrupção é a publicação e não o simples julgamento – antes do dia 4 de novembro de 2010. Então, se não houve essa publicação e se é pacífico que o marco interruptivo da prescrição decorrente do recebimento da denúncia verificou-se em 4 de novembro de 2002, incidiu a prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada.

Repito, Presidente, que não posso, no inciso IV do artigo 117 do Código Penal, na redação decorrente da Lei nº 11.596/2007, substituir a referência à publicação, substituir esse fenômeno, pelo julgamento.

O Direito, repito sempre, é ciência, possui princípios, institutos, expressões com sentido próprio.

Por isso, vou pedir vênias à relatora, ao revisor e também aos colegas que já votaram na matéria, para decotar da pena total fixada, presente a prescrição quanto ao crime de quadrilha, o que, a tal título, imposto pelo Colegiado.

É como voto.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Eu não me lembro, como votou a Vossa Excelência e como votou o eminente Revisor quanto a essa questão da prescrição?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (REVISOR):

Quanto a esse tema...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Esse tema foi amplamente discutido, aliás, no dia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No julgamento, não é?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu tenho até, aqui, o voto do Ministro Cezar Peluso, eu já tinha falado...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - No julgamento, em 2010?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - ... no julgamento, em 2010. E como eu acabei de voltar a citar aqui, Senhor Presidente, quanto a essa matéria, a doutrina é exatamente no sentido de que, quando se trata de sentença, como o juiz solitariamente afirma, entrega-se para a publicação. E, citei, aqui, até mesmo da doutrina...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, pela ordem, por exemplo, na Primeira Turma, a posição que tem sido adotada, majoritariamente, não unanimemente, é no sentido de se aplicar o artigo 389 do Código de Processo Penal, que dispõe:

"Art. 389.

A sentença será publicada" - ou seja, tornada pública - "em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo. [...]"

AP 396 ED / RO

Então, nós temos entendido, inclusive, para efeito de cabimento de recurso, que o recurso cabível é aquele previsto na data da Sessão de Julgamento; se houver alteração legal posterior, a parte fica garantida com aquele recurso previsto na data da realização da Sessão de Julgamento. E temos entendido que publica-se o decisório quando se torna pública a decisão, fazendo-a inserir nos autos, em mãos do escrivão.

E, quando ela está sendo proferida na Sessão, ela está sendo tornada pública. Na Primeira Turma, assim como é...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (REVISOR):

A publicação no Diário Oficial é para fins de intimação e início do prazo recursal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu gostaria de reler, Presidente, eu li aqui agora, mas gostaria de reler a passagem, até mesmo reforçada, também repetida do que o Ministro Cezar Peluso tinha afirmado, ele diz: o efeito da interrupção do prazo prescricional vale da data da sessão que proferida a decisão.

E, neste julgamento, analisando, agora, os argumentos do nobre Advogado, voltei a afirmar, citando o Guilherme Nucci, exatamente, nesse sentido, de que há diferença entre...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Eu já estou esclarecido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É? Se Vossa Excelência quiser, porque eu não estou achando a parte do voto, como o voto é longo, mas, em que eu faço exatamente a referência à doutrina, no sentido de que, como voto, e como disse o Ministro Cezar Peluso, reforçando o que eu tinha dito no meu voto, na Sessão de julgamento, ele diz: não apenas é público, mas é publicado para todo o Brasil por televisão, rádio, com a presença, que estava - como agora está o Doutor Bruno, que era o Advogado naquela Sessão - a parte presente e

AP 396 ED / RO

se tornou público, portanto, a conclusão da decisão no sentido da condenação. E eu citei agora, exatamente, porque este foi um ponto que foi arguido e, neste sentido, é que, portanto, eu considerei... - parece que aqui está:

Para efeito de interrupção do prazo prescricional, a data é a da Sessão Plenária do julgamento dessa Ação Penal - 28.10.2010 -, quando se tornou pública a prestação judicial. Neste sentido - dizia eu então no voto e repeti agora:

"... a doutrina leciona (aspas secundárias) outro ponto que foi resolvido é a data exata de interrupção, ao menos da sentença condenatória." - da sentença - "Dá-se no dia em que for publicada, vale dizer, entregue em mãos do escrivão, em cartório, conforme dispõe o art. 389 do CPP. No tocante ao acórdão, cremos que a tendência deve permanecer a mesma, anterior à Lei 11.596/2007, vale dizer, reputa-se publicado na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma – afinal, cuida-se de evento público. As partes podem, inclusive, acompanhar o julgamento. Não há a menor necessidade de se aguardar a redação do acórdão e sua publicação em diário oficial (eletrônico ou não). Esta última situação continua a prevalecer para a contagem do prazo para recurso, mas não para interromper a prescrição..."

E aí é que o Ministro Cezar Peluso, então, em seu voto, afirmava exatamente que, no nosso caso, isto inclusive é publicado, no sentido de, dado a público, para o efeito dessa interrupção, com a ampla divulgação que é dada na Sessão de julgamento.

E eu, portanto, não apenas naquela decisão como agora, afirmo a não ocorrência da prescrição.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, imaginei que meu voto não fosse ressoar no Plenário, mas vejo que ressoou!

Quanto ao depósito da sentença na mão do escrivão – e teríamos o depósito do acórdão na mão do Secretário do Pleno –, esse fato não afasta a necessidade de intimação das partes para ciência do conteúdo do pronunciamento judicial.

Relativamente à circunstância de o Plenário já ter ferido a matéria – e reconheço que realmente feriu –, lembro que a rescisória criminal, de mão única – porque apenas pode ser acionada pelo réu, pelo acusado –, a revisão criminal, é cabível, uma vez demonstrada a violência ao texto legal.

Presidente, não imaginei, no caso concreto, um julgamento secreto, porque participei do público realizado nesta ação penal.

O que lancei como premissa de voto é que não posso substituir, no artigo 117 do Código Penal, a referência à publicação de certa peça pelo julgamento verificado, para, posteriormente, ter-se a confecção dessa mesma peça, a ser tornada pública.

Poderia, até mesmo, implementar a ordem de ofício. E talvez deva fazê-lo ante a circunstância de a maioria haver assentado que se teria, pelo simples julgamento e não, como exigido em lei, pela publicação de acórdão já redigido.

Continuo convencido de que não cabe embaralhar os vocábulos e entender que publicação de acórdão significa a mesma coisa que julgamento formalizado em Sessão, desde que seja pública.

Por isso, mantenho, Presidente, a conclusão sobre a prescrição, afastando, portanto, dos 13 anos... Ministra relatora, o total da pena é 13 anos e ...?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O total das duas penas fica em 13 anos, 4 meses e 10 dias.

AP 396 ED / RO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E a pena pelo crime de quadrilha ficou em quanto?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - A de quadrilha ficou em 2 anos e 3 meses.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Subtraio dos 13 anos os 2 anos e 6 meses, porque assento a prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto ao crime de quadrilha.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só um esclarecimento, evidentemente, respeitando o profundo voto do Ministro Marco Aurélio, que, inclusive, mantém a sua coerência. Por isso é que eu disse que, na Primeira Turma, por maioria, porque o Ministro Marco Aurélio não chancela essa posição. Então, manteve, Sua Excelência, como de regra, sua coerência.

Agora, a **ratio essendi** que a Primeira Turma leva em consideração é que a prescrição, ela pressupõe uma inação do Estado acusador. Daí a prescrição da pretensão punitiva. E, no momento em que há o julgamento, o Estado está em movimento, não está inativo e, por isso, é do julgamento que nós consideramos que corre um novo prazo prescricional.

13/12/2012

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, por um lapso, não referi que tenho voto escrito, requeiro a juntada aos autos.

Por ter sido na mesma linha da eminente Relatora e do eminente Revisor, eu não procedi à leitura. Trago, também, precedentes da Corte Plenária e da Primeira Turma, nessa linha que foi a prevalecente, pedindo vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, felizmente ou infelizmente, na minha vida de juiz, não concebo o instituto da ressalva. Voto segundo ciência e consciência, em que pese ter-se precedente em sentido contrário. Na arte de julgar, fujo ao pragmatismo.

13/12/2012**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396 RONDÔNIA****VOTO****O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -**

Senhores Ministros, com relação à questão suscitada da tribuna pelo ilustre Advogado, também eu a descarto. Não vejo como vincular as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal às decisões, eventualmente, proferidas por juiz de Primeiro Grau sobre os mesmos fatos.

Eu entendo que o acórdão embargado enfrentou, adequadamente, todas as questões que foram postas pelo embargante, não tendo ficado caracterizado nenhum dos vícios elencados no artigo 620 do Código de Processo Penal e no artigo 535 do Código de Processo Civil.

Eu entendo que o embargante tenta usar os embargos, não para reparar eventual gravame produzido à parte, em decorrência de obscuridade, de omissão ou contradição entre proposições intrínsecas do próprios acórdão embargado, mas, sim, para rediscutir matérias já apreciadas por esse Plenário, e tudo isso no intuito derradeiro de obter um novo julgamento das suas alegações.

Eu penso também que há de ser afastada a alegação de prescrição do crime de quadrilha, porque é da jurisprudência desta Corte o entendimento de que a publicação formal ou oficial do acórdão é dispensável para fins de interrupção do prazo prescricional, bastando a publicação material, que ocorre na própria Sessão de julgamento, para a incidência da causa interruptiva da prescrição.

Com essas breves considerações, eu também adiro ao voto da Relatora e do Revisor e rejeito os embargos.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 396

PROCED. : RONDÔNIA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMBTE.(S) : NATAN DONADON

ADV.(A/S) : BRUNO RODRIGUES

ADV.(A/S) : MAURÍCIO CORRÊA

ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN

EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deliberou adiar o julgamento do feito. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 29.06.2012.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos dos votos da Relatora e do Ministro Dias Toffoli (Revisor), rejeitou os embargos de declaração. O Ministro Marco Aurélio reconhecia a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de quadrilha, art. 288 do Código Penal, e concedia *habeas corpus* de ofício. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.12.2012.

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

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

p/Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário