

Superior Tribunal de Justiça

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.415 - DF (2014/0247288-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
EMBARGANTE : BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS
ADVOGADOS : ANTÔNIO RAIMUNDO GOMES SILVA FILHO E OUTRO(S)
FERNANDA REIS CARVALHO
RAUL LIVINO VENTIM DE AZEVEDO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

1. BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS opõe embargos de declaração ao acórdão proferido por esta Corte (fls. 4.766-4.814), que, ao apreciar em conjunto os **Recursos Especiais ns. 1.484.415/DF e 1.484.413/DF**, não conheceu dos agravos interpostos e **negou provimento a ambos os recursos**, havendo sido reconhecida, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao crime de quadrilha, nos termos desta ementa:

RECURSOS ESPECIAIS (RESPS NS. 1.484.415/DF E 1.484.413/DF). ADMISSÃO PARCIAL. AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL EM RELAÇÃO À PARTE NÃO ADMITIDA. IMPOSSIBILIDADE. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI N. 8666/1993), QUADRILHA E CORRUPÇÃO PASSIVA. NEXO CAUSAL. OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA N. 7 DO STJ. PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE. CRIME QUE SE APERFEIÇOA COM A QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VOTO VENCIDO. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. É incabível agravo em recurso especial quando a decisão agravada admite parcialmente o processamento do próprio

Superior Tribunal de Justiça

recurso especial. Isso porque, nesses casos, há devolução integral do juízo de admissibilidade que será novamente avaliado por ocasião do julgamento do recurso especial. Incidência da Súmula n. 292 e 528 do STF.

2. Estando delineada a ligação entre a conduta do recorrente e o resultado delituoso, com base no amplo conjunto probatório, não há como se infirmar tal conclusão, consoante o enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

3. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, mediante procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da imparcialidade administrativas.

4. Diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, o art. 90 desta lei não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. De fato, a ideia de vinculação de prejuízo à Administração Pública é irrelevante, na medida em que o crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública.

5. Constitui-se o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo – e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada – com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público (que, aliás, poderá ou não ocorrer).

6. Inexiste ilegalidade na fixação, na espécie, da pena acima do mínimo legal em razão da análise desfavorável da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime. Outrossim, é perfeitamente factível a incidência da agravante genérica prevista no art. 61, II, "g", do Código Penal no crime de fraude em licitação, porquanto foi violado dever inerente à função pública que o recorrente exercia na Administração de Taguatinga, circunstância que não integra o tipo previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

Superior Tribunal de Justiça

7. É inadmissível o recurso especial quando não há similitude fática entre o acórdão recorrido e o aresto apontado como paradigma. O conhecimento de recurso fundado na alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, por divergência jurisprudencial, exige que o recorrente realize o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimento e a similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu no caso. Importa salientar, ainda, que o trecho do acórdão trazido a confronto pelo recorrente, no afã de estabelecer e de comprovar o dissídio jurisprudencial, foi extraído do voto-vista que, nesse ponto, ficou vencido, a significar justamente que a tese trazida pelo recorrente como paradigma não foi acolhida pelo Tribunal e que, portanto, não serve como parâmetro para caracterização do dissenso.

8. Agravos não conhecidos. Recursos especiais não providos.

Alega o embargante, **com o objetivo de prequestionar a matéria constitucional**, que o acórdão "**não enfrentou tese fundamental da Defesa, referente à atipicidade**, nem quanto à aplicação da pena, incidindo, assim, em ofensa aos artigos 5º, LIV e LV e 93, IX, da Constituição Federal, bem como o previsto no art. 8º, h, do Decreto nº 678/92 (Convenção Americana de Direitos Humanos)" (fl. 4.820).

Aduz que, ao "omitir-se na análise de teses formuladas pela Defesa, incidiu este Órgão julgador em **ofensas diretas à Constituição Federal e ao conteúdo materialmente constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos**, consubstanciadas em negativa de vigência ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, assim como, preponderantemente, ausência de motivação da decisão" (fl. 4.821).

Assere "ter havido omissão a respeito de tema fundamental para o correto enfrentamento da causa, não sendo demais rememorar que a própria Turma, em seu mister, **ressaltou que o efeito devolutivo do Recurso Especial é amplo**, de modo que deve-se enfrentar toda a matéria ventilada no caso" e que "o Ilustre Julgador **não se manifestou a respeito da existência de nexo de causalidade entre eventual conduta do embargante e o resultado previsto na norma incriminadora**, consistente cm obter vantagem para si ou para outrem mediante a frustração de caráter competitivo de certame público" (fl. 4.824).

Sustenta, ainda, "**a perspectiva de que há um risco iminente e grave de imposição de injusta pena de prisão ao acusado, visto que, até o momento, nenhuma corte [teria] enfrentado a tese de atipicidade**

Superior Tribunal de Justiça

compatível com os precedentes desse Sodalício acima referidos" e que "a colocação do embargante na prisão, a coação na sua liberdade de ir e vir, sem o devido diálogo por meio do devido processo legal, constitui mitigação deste princípio constitucional e, por que não, da dignidade da pessoa humana" (fl. 4.825).

Pontua que "a Suprema Corte, ao decidir sobre a possibilidade de prisão após confirmação de decisão condenatória em segundo grau, o fez sobre o fundamento de que o apreço da matéria fática se exauria nesta jurisdição" e que "o embargante teve, em razão da prerrogativa de foro, um único julgamento em instância anterior ao Superior Tribunal de Justiça. Portanto, caso confirmada a incidência da aplicação da Súmula nº 07 desta Egrégia Corte, resta negado ao embargante o direito de ver os fatos contra si imputados reanalizados por outra instância, ferindo-se o princípio do duplo grau de jurisdição" (fl. 4.826).

Em razão disso, requer "o acolhimento e provimento dos presentes Embargos, opostos para fins de prequestionamento, substituindo e complementando as incompletas razões de decidir" (fl. 4.827).

2. Por sua vez, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em petição subscrita pela Sub-Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, às fls. 4.828-4.829, postula a **execução imediata da pena de prisão** imposta ao Sr. Benedito Augusto Domingos [ora embargante], condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em ação penal originária, às seguintes sanções: a) pelo crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (**fraude ao caráter competitivo da licitação**), por 22 vezes, à **pena total** de 5 anos, 8 meses e 10 dias de detenção e pagamento de 28 dias-multa, em regime semiaberto; b) pela prática de **corrupção passiva**, com a incidência da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, à pena de **4 anos de reclusão**, em regime semiaberto.

Eis o requerimento do MPF (fls. 4.828-4.829):

O **Ministério Público Federal**, pela Subprocuradora-Geral da República signatária, vem manifestar-se ciente da decisão de fls. 4766/4768, datada de 15 de dezembro de 2015 e publicada no dia 22 de fevereiro de 2016, que não conheceu os agravos, negou provimento aos recursos especiais e declarou de ofício a

Superior Tribunal de Justiça

prescrição retroativa do crime de quadrilha.

Este recurso especial, agora já julgado, enquadra-se na situação que enseja a execução provisória da sentença penal condenatória, ainda que seja possível a interposição de novos recursos no âmbito desta Corte. Vejamos.

(...)

O Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos, ao julgar o HC 126.292, cujo acórdão ainda não foi publicado, que a execução provisória da pena não fere o princípio constitucional da presunção de inocência quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal e estiverem pendentes de julgamento o recurso especial ou o recurso extraordinário. O precedente aplica-se, com mais razão neste caso, após o julgamento do recurso especial.

Nestas circunstâncias, considerando que o recurso especial não tem efeito suspensivo (Lei n. 8038, art. 27-§2º), como também não o terão os recursos que doravante forem interpostos, venho requerer a Vossa Excelência, com fundamento no artigo 637 do Código de Processo Penal (editado antes da instituição do recurso especial), que determine a baixa imediata dos autos originais à primeira instância, para a execução da pena.

Em virtude do requerimento do Ministério Público – apoiado no julgamento do **HC n. 126.292**, pelo **Plenário do Supremo Tribunal Federal (acórdão ainda não publicado)**, em que, por maioria de votos, entendeu possível a execução da pena definida em segundo grau de jurisdição – e, também, motivado pela circunstância de a decisão proferida pelo STF indicar uma **mudança abrupta da jurisprudência consolidada no âmbito daquela Corte desde 2009**, determinei, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, a intimação do recorrente para que, **no prazo improrrogável de 48 h**, se manifestasse acerca da postulação do *Parquet*.

Em 2/3/2016, manifestou-se a defesa destacando que a decisão proferida pelo STF não foi em sede de controle abstrato ou concreto de constitucionalidade e que, por isso, não teria efeito vinculante.

Sublinhou, ainda, que "a inexistência de qualquer espécie de declaração de inconstitucionalidade não altera o status da norma infraconstitucional que atualmente regula a questão, qual seja, o art. 283 do Código de Processo Penal, o qual encontra-se plenamente vigente e mantém a exigência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o início da

Superior Tribunal de Justiça

execução da pena" (fls. 4.837-4.838).

Aduz, ainda, que "Conforme se depreende do andamento processual do Habeas Corpus 126.292, a decisão evocada pelo Ministério Público Federal ainda não foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico, impossibilitando a produção de qualquer efeito no mundo jurídico, servindo apenas, por ora, apenas como substrato para discussão acadêmica" (fl. 4.838).

Sustenta que "não se pode olvidar que a irretroatividade da lei penal permanece incólume, ou seja, salvo em situação que porventura beneficie o réu, mesmo a reinterpretação de uma norma vigente jamais abarcará situações pretéritas" (fl. 4.838).

Por fim, reitera os argumentos externados nos embargos de declaração, sublinhando as condições pessoais do embargante que lhe permitiriam permanecer em liberdade, além da possibilidade de diminuição da pena em recurso extraordinário.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.415 - DF (2014/0247288-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO E CORRUPÇÃO PASSIVA. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OBJETIVO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. MARCO DEFINIDOR. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. RECURSO ESPECIAL JÁ ANALISADO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. NOVAS DIRETRIZES DO STF. POSSIBILIDADE.

1. É firme entendimento jurisprudencial de que não cabe a esta Corte se manifestar, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A jurisprudência dos tribunais superiores não reconhece incidência do direito ao duplo grau de jurisdição em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária dos Tribunais. Tal compreensão não ressoa incongruente, na medida em que, se a prerrogativa de função tem o condão de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos públicos relevantes (julgadas que são por magistrados com maior conhecimento técnico e experiência, em composição colegiada mais ampla), não haveria sentido exigir-se duplo grau de jurisdição, cuja essência, além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, qual seja, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experientes. Assim, como diz um velho brocado jurídico, "aquele que usufrui do bônus, deve arcar com o ônus". Precedentes.

3. Na linha do que havia decidido o Tribunal *a quo*, esta Corte entendeu devidamente caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado delituoso, notadamente pela utilização da condição de prestígio parlamentar que o embargante possuía no cenário político local, condição esta que engendrou, segundo o acórdão condenatório – por meio de informações privilegiadas e de

Superior Tribunal de Justiça

conchavos ("conluio e ajuste prévio") –, que a empresa de seu filho se sagrasse vencedora em diversas licitações, ilidindo o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios.

4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 122.292-MG (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

5. Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais.

6. O arresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidido que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos.

7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder

Superior Tribunal de Justiça

geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à *vol d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

8. Todavia, no caso dos autos, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime de fraude ao caráter competitivo da licitação e por corrupção passiva. O recurso especial interposto pela defesa foi analisado com profundidade e, ao fim e ao cabo, manteve o *decisum* proferido pelo Tribunal de origem. Os embargos de declaração em nada integraram o acórdão, impondo ressaltar que a demora na tramitação de todo o processo, desde a origem até o julgamento por esta Corte, já resultou em benefício para o embargante, dado o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (prescrição da pretensão punitiva apenas com relação ao crime de quadrilha).

9. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.

10. Embargos de declaração rejeitados. Acolhido o pedido do Ministério Público Federal e determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – juízo da condenação – para que encaminhe guia de recolhimento provisória ao juízo da VEC, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Julgamento conjunto dos embargos de declaração e do

Superior Tribunal de Justiça

requerimento de execução provisória da pena formulado pelo Ministério Público

Tendo em vista que a questão acerca da possibilidade de execução provisória da pena foi ventilada nos embargos de declaração e que, logo em seguida, o temor da defesa foi concretizado, com o pedido formulado pelo Ministério Público Federal para o imediato cumprimento da decisão condenatória, pleito ao qual permiti, dadas as especificidades do caso, fosse contraditado, procedo à análise conjunta de todas as alegações nesta oportunidade.

II. Embargos de declaração

De início, convém ressaltar o firme entendimento jurisprudencial de que "não cabe a esta Corte se manifestar, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos constitucionais (art. 93, IX, da Constituição Federal), sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal" (**EDcl no REsp n. 1.264.819/RS**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 5/2/2016, destaquei).

De fato, mostra-se inconcebível, dada a competência de uniformização infraconstitucional desta Corte, o exame de possível violação de dispositivo da Constituição Federal, ainda que fruto do próprio julgamento efetivado nesta instância superior, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Sob diversa angulação, convém pontuar que o recurso especial tem por finalidade assegurar a unidade na interpretação e na aplicação da lei federal pelos diversos tribunais, de modo a garantir a própria harmonia do sistema federativo, constituindo-se, algumas de suas características específicas, as seguintes: a) necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias; b) inexistência de um objetivo direto de correção da injustiça da decisão recorrida, c) impossibilidade de revisão de matéria de fato; d) apresentar juízo de admissibilidade desdobrado, sobressaindo, nesse particular, a necessidade de prequestionamento da matéria controvertida; e) inexistência de efeito suspensivo; f) devolutividade restrita.

Tais peculiaridades, portanto, afastam a equivocada ideia

Superior Tribunal de Justiça

levantada pelo embargante de que o recurso especial seria dotado de devolutividade ampla, característica não verificada ainda que interposto contra condenação oriunda de ação penal originária, porquanto o espectro de abrangência deste recurso restringe-se ao exame de questões de direito ligadas à lei federal supostamente violada ou interpretada de maneira divergente pelos tribunais.

Outro aspecto que também é objeto dos embargos de declaração e que estaria imbricado com o efeito devolutivo do recurso diz respeito à possível violação do **princípio do duplo grau de jurisdição**, que, **na ótica do embargante**, possuiria matiz constitucional por dois motivos: 1º) integraria o devido processo legal e 2º) encontraria respaldo no "conteúdo materialmente constitucional" da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso implicaria, **segundo defende**, na imposição de devolução plena da matéria, haja vista que a condenação efetiva na origem, em virtude da prerrogativa de função, não foi nem rediscutida nem reanalizada por nenhuma outra instância hierarquicamente superior.

Registro que, ressalvada minha pessoal convicção, não há falar em "respaldo no conteúdo materialmente constitucional" da Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do **RE n. 349.703/RS**, firmou a compreensão de que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) possuem natureza **supralegal**, porém hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

A jurisprudência, todavia, passa ao largo dessa discussão, cingindo-se, tão somente, em emprestar-lhe contornos não absolutos, de modo que "**o duplo grau de jurisdição obrigatório não se aplica às decisões nas ações penais de competência originária dos Tribunais**" (**HC n. 21.072/RS**, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 5/8/2002).

Semelhante compreensão, a rigor, não ressoa incongruente, na medida em que, se a prerrogativa de função tem o condão de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos públicos relevantes (julgadas que são por magistrados com maior conhecimento técnico e experiência), não haveria sentido de, em situações tais, impor-se o duplo grau de jurisdição, cuja essência, além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, vale dizer, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experientes. Assim, como diz um velho brocardo jurídico,

Superior Tribunal de Justiça

"aquele que usufrui do bônus, deve arcar com o ônus".

Aliás, o Ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC n. 126.292/SP, afirmou peremptoriamente que "**os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição**, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, porquanto não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Assim, os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito".

Nesse sentido, destaco os seguintes arestos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em que, de igual forma, afastou-se a natureza absoluta da garantia ao duplo grau de jurisdição:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária.

[...]

3. **Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.**

4. **A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.** Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição.

[...]

6. Agravo regimental improvido.

Superior Tribunal de Justiça

(AI n. 601.832 AgR/SP, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 2/4/2009, destaquei).

ACÓRDÃO QUE, EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, CONDENOU O RECORRENTE COM BASE NA PROVA DOS AUTOS. PRETENSÃO DE REEXAME DA MATÉRIA DE FATO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Questão insuscitável de ser apreciada ante a impossibilidade de reexaminar-se em sede extraordinária a matéria de fato, ainda que em processo criminal de competência originária do Tribunal de Justiça, não sendo o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Agravo regimental desprovido.

(AI n. 248.761/RJ, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 22/6/2006, destaquei).

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinônicas.

Superior Tribunal de Justiça

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. **1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.** 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho -

Superior Tribunal de Justiça

que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar.

3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

(RHC n. 79.785/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/2002).

Também no que tange à suposta omissão no acórdão embargado quanto à alegação de que o fato seria atípico, por ausência de nexo de causalidade, os embargos não merecem acolhida. O *decisum*, a esse respeito, esclareceu o seguinte:

Sintetizo os argumentos do recorrente, relativamente à alegação de negativa de vigência ao art. 13 do Código Penal e de contrariedade dos arts. 317 do Código Penal e 386, II e IV, do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: 1º) ausência de nexo causal para a configuração do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993; 2º) ausência de lesão ao bem jurídico, porque os serviços foram recebidos, executados e devidamente pagos; 3º) ausência de comprovação do elemento subjetivo especial do tipo (dolo específico).

Em relação a tais alegações, todas detidamente analisadas e confrontadas com o material cognitivo amealhado na instrução criminal (prequestionadas, portanto), o acórdão, que conta com mais de 200 laudas, destacou, conclusivamente, no que interessa, o seguinte (fls. 4.070-4074):

Vê-se, pois, que as provas materiais e testemunhais produzidas são aptas à condenação do réu.

Ora, a relação de parentesco entre um Administrador Regional beneficiado e o sócio de uma das empresas participantes é bastante, por si, a afastar objetivamente a seriedade e probidade do certame, máxime se a empresa da qual o filho é sócio sagrou-se vencedora direta em

Superior Tribunal de Justiça

inúmeras licitações, e, ainda, vencedora indireta em outras, porquanto a melhor proposta foi apresentada em conluio com outras empresas participantes, conforme fartamente narrado na denúncia e devidamente comprovado nos autos. Portanto, é certo afirmar que o filho do réu BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS foi beneficiado nas licitações para a ornamentação natalina do ano de 2008, e esse êxito indiscutível só foi possível em função de ajuste prévio entre componentes de alto cargo do Governo do Distrito Federal à época e o réu BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS, conforme depoimento categórico da testemunha DURVAL BARBOSA nesse sentido, aliado aos demais depoimentos descritos alhures e provas documentais já retratadas.

Destarte, longe de se configurar simples inobservância do procedimento licitatório, **as condutas se consubstanciaram em fraude ao caráter competitivo, cujo êxito também foi obtido mediante estratégia subjetiva, porquanto BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS, pai de SÉRGIO, sócio da empresa S4 PRODUÇÕES, agiu comissivamente e ardilosamente, mediante ajuste, combinação prévia e coação moral, o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios narrados na denúncia.**

Os demais denunciados e o acusado BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS, este na qualidade de Administrador Regional de Taguatinga, conheciam-se entre si e sabiam da qualidade que um ou outro ostentava. Ou seja, não eram pessoas estranhas no cenário delituoso que se instaurou. Ao contrário. Os autos demonstram a existência de conluio e nítido interesse político e privado na consecução da empreitada criminosa.

Com efeito, o réu BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS sabia e tinha convicção, porque pessoa com relativa cultura, sem a qual não ostentaria a colocação social em que inserido, de que atenta contra a moralidade administrativa o fato de pai influenciar, como Administrador Regional ou mediante ajustes políticos, licitação na qual o filho tem interesses diretos porque sua empresa é uma das concorrentes. Sabia, também, que tal conduta carreia a ofensa ao caráter da impensoalidade com que devem agir os servidores públicos.

A destacar essa imoralidade e a ofensa ao princípio constitucional da impensoalidade, cumpre trazer à lume as lições do Ministro Carlos Ayres Britto quando da

Superior Tribunal de Justiça

concessão da medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12:

"... I – o (princípio) da impessoalidade, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do marketing pessoal ou da auto-promoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado."

Esse conceito, pontua-se, contrapõe-se aos fatos constatados nas licitações apreciadas, porquanto não houve absoluta separação entre o público e o privado diante da relação de parentesco analisada. Ao contrário, permitiu-se que uma licitação pública fosse levada a efeito com projeção doméstica na intimidade de uma repartição estatal. **Tal situação trouxe consigo exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação legal, tanto que a empresa concorrente, da qual o filho é sócio, sagrou-se vencedora em inúmeras e, ainda, beneficiada em outras mediante conluio e ajuste prévio.**

Portanto, o dolo, na conduta do acusado BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS está na circunstância de que agiu consciente e voluntariamente ao influenciar claramente a modalidade de certames licitatórios, e isso em situação de parentesco com empresa concorrente, o que é vedado pelos princípios constitucionais da moralidade administrativa, da impessoalidade e, expressamente, por Lei.

Logo, não pode alegar atipicidade da conduta ou insuficiência de provas para a condenação, porque o dolo é evidente na medida em que, ciente da relação de parentesco e uma vez Administrador Regional de Taguatinga, se lançou deliberada e voluntariamente a influenciar politicamente em procedimentos licitatórios que culminaram, em sua absoluta maioria, com êxito da empresa do qual o filho era sócio, ou seja, valeu-se do cargo e prestígio ocupado em proveito de seus familiares, e tudo em detrimento da dignidade da função pública e em ofensa direta ao dever funcional.

BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS propiciou que o co-denunciado SÉRGIO AUGUSTO DOMINGOS se beneficiasse, como efetivamente se beneficiou, dos intentos fraudatórios previamente ajustados nos certames.

De igual modo, a decisão do Tribunal de Contas do Distrito

Superior Tribunal de Justiça

Federal quanto à regularidade nas contas da Administração Regional de Taguatinga, de que o acusado era Administrador à época, também não infirma a materialidade delituosa. Na presente ação penal, há provas fortes e robustas das fraudes noticiadas, as quais foram obtidas através de minucioso levantamento feito pelo Ministério Público, conforme farto conjunto probatório.

A conduta comissiva do réu BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS foi preponderante para que o processo licitatório fraudulento obtivesse êxito, e só isso explica a forma ardilosa e imoral com que agiram alguns dos co-denunciados envolvidos nas licitações, todavia, cumpre frisar, objeto de futura análise pelo Juízo competente, como bem lhe aprouver.

O requisito da **TIPICIDADE** também está preenchido.

Houve ação ou omissão dolosa por parte do envolvido BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS, porquanto empreendeu conduta para, de forma consciente e deliberada, praticar ato fraudulento visando beneficiar, em licitação pública, determinado concorrente em detrimento dos demais, de modo a caracterizar o tipo objetivo do delito constante no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, que é o de "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação".

O objeto jurídico protegido pela aludida norma é a moralidade administrativa e a lisura no procedimento licitatório, bens esses que, com a conduta dolosa do acusado, restaram atingidos porque certames licitatórios foram fraudados visando direcionador o respectivo vencedor, em detrimento dos demais concorrentes e em violação ao caráter competitivo.

A máquina administrativa foi utilizada em benefício de particular, causando o resultado jurídico que a defesa insiste em negar, porque a moralidade e a probidade administrativa restaram atingidas concretamente, enfraquecendo o dever de probidade que se espera dos agentes e gestores públicos.

O objeto jurídico do delito em epígrafe não é, exclusivamente, o erário público, mas sim a moralidade administrativa, pois, o artigo 90 da Lei nº 8.666/93 não exige prejuízo financeiro à Administração Pública para sua

Superior Tribunal de Justiça

configuração. Basta o prejuízo ao caráter competitivo da licitação, o que, inegavelmente, configurou-se, não se excluindo o prejuízo ao erário.

Ocorrido o resultado jurídico, sobressai a evidência do nexo de causalidade, porquanto a aludida lesão à moralidade da Administração Pública só ocorreu em virtude das ações dolosas praticadas pelo acusado.

A denúncia, porém, merece correção no ponto em que pretende a aplicação da regra do concurso material – artigo 69 do Código Penal.

É que, não obstante a pluralidade de crimes de fraude à licitação praticada pelo acusado BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS (na presente ação são 4 – quatro), a análise detida das circunstâncias carreiam ao caso a aplicação da regra do crime continuado – artigo 71 do Código Penal (destaquei).

Do trecho transcrito, verifico que ficou claramente delineada a ligação entre a conduta do recorrente e o resultado delituoso, porquanto, utilizando-se de sua condição de integrante da Administração Pública (Administrador Regional de Taguatinga) e do prestígio parlamentar que possuía no cenário político local, de forma consciente e deliberada, viabilizou, segundo o acórdão – por meio de informações privilegiadas e de conchavos ("conluio e ajuste prévio") –, que a empresa de seu filho se sagrasse vencedora em diversas licitações e, a fortiori, retirou o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, ao possibilitar o conhecimento prévio dos certames. Vale dizer, a conduta do recorrente, na dicção de Juarez Cirino dos Santos, foi condição sem a qual o resultado não teria ocorrido, haja vista que determinante de um resultado. (A moderna teoria do fato punível. Rio e Janeiro: Renavan, 2002, p. 43).

Não se trata, como defende o recorrente, de considerar que "o crime de fraude está no fato de ser o recorrente pai do sócio de uma das empresas que fora vencedora" (fl. 4.403), mas de sua efetiva e decisiva participação (influência) para que o caráter competitivo das licitações fosse burlado. Tal conclusão se baseou, como destacou o arresto impugnado, no amplo conjunto probatório que se direcionou nesse sentido ("provas fortes e robustas"), de modo que não pode ser infirmado por essa via recursal, consoante o enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

Superior Tribunal de Justiça

Como se observa, na linha do que havia decidido o Tribunal *a quo*, esta Corte entendeu devidamente caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado delituoso, notadamente pela utilização da condição de prestígio parlamentar que o embargante possuía no cenário político local, condição esta que engendrou, segundo o acórdão condenatório – por meio de informações privilegiadas e de conchavos ("conluio e ajuste prévio") –, que a empresa de seu filho se sagrasse vencedora em diversas licitações e que, a rigor, retirou o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios.

Portanto, uma vez que o nexo de causalidade foi devidamente analisado pelo acórdão ora embargado, de maneira clara e suficientemente fundamentada e que não é possível a análise de matéria constitucional, ainda que para efeitos de prequestionamento, entendo que os embargos devem ser rejeitados.

III. Contornos do novo posicionamento da Suprema Corte

Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Assim especifica, *verbis*:

(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, é necessário uma validade prática" (Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por

Superior Tribunal de Justiça

permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

Afirmo-o contabilizando as hipóteses de impugnação previstas em nossa legislação processual penal, inclusive as que se apresentam como ações e incidentes processuais, do que resulta o **assustador número de 20 (vinte) meios de pedir a revisão de um ato jurisdicional**. São eles: 1) apelação, 2) recurso em sentido estrito, 3) embargos de declaração, 4) embargos infringentes e de nulidade, 5) carta testemunhável, 6) agravo regimental, 7) agravo à execução, 8) agravo em recurso especial, 9) agravo em recurso extraordinário, 10) correição parcial (ou reclamação), 11) recurso especial, 12) recurso extraordinário, 13) reclamação, 14) embargos divergentes, 15) conflito de competência, 16) exceções (de incompetência, de litispendência ou coisa julgada, de impedimento ou suspeição), 17) habeas corpus, 18) recurso ordinário (em HC ou em MS), 19) mandado de segurança e 20) revisão criminal, sem contar medidas cautelares inominadas e pedidos de reconsideração.

Saliento que alguns desses meios impugnativos (como é o caso do habeas corpus, da apelação no Tribunal do Júri e dos embargos de declaração) **podem ser manejados por diversas vezes**, em um mesmo processo, pelo mesmo réu, sempre ao argumento de que se trata de legítimo exercício da ampla defesa, ainda que, eventualmente, se perceba o tangenciado propósito de procrastinar o resultado final do processo.

A ilustrar tal constatação, bem empregado foi o exemplo dado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto oral, cuja transcrição encontra-se amplamente divulgada na internet (<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>), nestes termos:

Eu só tive chance de ler o voto do Ministro Teori Zavascki hoje, mais cedo. E, portanto, não pude verificar no meu acervo os precedentes teratológicos que se multiplicam, documentando o abuso do direito de recorrer. Mas eu fui à pauta de hoje, aleatoriamente, e lá encontrei, como último processo, um de relatoria da Ministra Rosa Weber. Ele é emblemático, caricatamente emblemático, do que vem acontecendo.

Trata-se de um crime de homicídio cometido em 1991. Vinda a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri e foi interposto um recurso de apelação. Mantida a decisão, foram interpostos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente o

Superior Tribunal de Justiça

recurso especial, foram interpostos novos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. Isso nós estamos falando de um homicídio ocorrido em 1991 que o Supremo está julgando em 2016. Pois bem: no recurso extraordinário, o Ministro Ilmar Galvão, o estimado Ministro Ilmar Galvão, inadmitiu-o. Contra a sua decisão, foi interposto um agravo regimental. O agravo regimental foi desprovido pela 1ª Turma, e aí foram interpostos embargos declaratórios igualmente desprovidos pela 1ª Turma. Desta decisão, foram interpostos novos embargos de declaração, redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes. E da decisão do Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental, julgado pela Ministra Ellen Gracie. Não parece nem uma novela. Parece uma comédia. E em seguida à decisão da Ministra Ellen Gracie, foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, aos quais a 2ª Turma negou provimento. Não obstante isso, nós estamos com embargos de declaração no Plenário. Portanto, **mais de uma dúzia de recursos, quase duas dezenas de recursos. E, consequentemente, em relação a um homicídio cometido em 1991 até hoje a sentença não transitou em julgado.**

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que **talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, tamanha elasticidade quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização**. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o *remédio heroico*, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em "**sub-rogado universal das impugnações recursais**", do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do *writ* – ou de medida cautelar – para sobrestrar

Superior Tribunal de Justiça

agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa **pletora de meios impugnativos**, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma **infundável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos** – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do *ius puniendi* do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a **Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa rearrumação”**.

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positivação na Carta de 1988, o **princípio da duração razoável do processo** (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que **sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal**, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o *Bill of Rights*, mas também à parte contrária, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

A esse respeito, aliás, devo certificar minha singela opinião (*Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2^a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71) de que a necessária correção da notória patologia do sistema punitivo pátrio, no que concerne ao desarrazoado alongamento dos litígios penais, demandaria, entre outras providências, uma **nova redação do princípio da presunção de não culpabilidade**.

A meu sentir, bastaria, como se faz em tantos países democráticos do mundo ocidental – mencionados, com remissão a recente pesquisa acadêmica, no substancioso voto do Ministro Teori Zavascki – escrever tal princípio em nossa Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença; algo como “todos devem ser considerados inocentes *até que se prove o contrário*”, ou “o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente *até que se prove sua culpa*. ” E nem por isso, como ficou claro no voto do relator, passaríamos a constituir uma nação que rasga a

Superior Tribunal de Justiça

Constituição, que violenta a presunção de inocência ou que invade, arbitrariamente, a esfera de liberdade dos indivíduos.

Impende enfatizar **que essa é a redação que consta de praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos**, em relação aos quais não se poderia endereçar qualquer tipo de crítica similar às que nos últimos dias têm sido dirigidas, amiúde em tom desrespeitoso, ao Supremo Tribunal e aos seus membros. Confiram-se os seguintes diplomas internacionais: **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas); **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada); **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa); **Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos** (Art. 7.º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente); **Declaração Islâmica dos Direitos Humanos** (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente); **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa); **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica** (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da

Superior Tribunal de Justiça

vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, **preservado o núcleo essencial dessa garantia**, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o **salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas**.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar **interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes**. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, **as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo** (GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

Bem de ver, a propósito, a usual sabedoria do Ministro Celso de Mello, em antigo julgado no qual pontuou:

“(...) Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)” – (**MS n. 23.452/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12/5/2000).

Talvez, sob tal compreensão, se possa analisar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma *perspectiva objetiva dos direitos fundamentais*, a qual não

Superior Tribunal de Justiça

somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

Atento, ainda, às observações feitas pela qualificada defesa do recorrente, não perco de vista a previsão contida no art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação dada pela Lei n. 12.403/2011 veio encampar a jurisprudência até então consolidada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que toda prisão, antes do trânsito em julgado, teria natureza cautelar. Ou seja, **o art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.**

Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, **não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional**, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar.

Por tudo que foi exposto até aqui – e enfatizando que a inovação jurisprudencial da Suprema Corte certamente ainda poderá engendrar variações hermenêuticas em futuros casos a serem submetidos ao Poder Judiciário – não há como pretender sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do Código de Processo Penal à espécie, afastando, para tanto, o entendimento do STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário.

IV. Requerimento de execução provisória da pena formulado pelo Ministério Público

O Ministério Público Federal, tal como visto alhures, com fundamento em recente precedente do STF (**HC n. 126.292/SP**, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016), postula a execução imediata da pena de

Superior Tribunal de Justiça

prisão imposta ao embargante, condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em ação penal originária.

A compreensão externada no referido aresto e que ganha importância para a análise do pedido do *Parquet* nesta oportunidade, poderia ser resumida na conclusão de que **o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena**, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade, porquanto "o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias" (excerto do voto do Ministro Teori Zavascki).

Trata-se de importante precedente que sinaliza o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte decidiu que um acusado só poderia ser preso, salvo as hipóteses de prisão cautelar, depois de sentença condenatória transitada em julgado (**HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010**).

Como o acórdão ainda não foi publicado – **embora estejam os votos orais disponíveis na web** (<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA&app=desktop>) – é possível venha o multicitado arresto a ser integrado e modelado, de modo a fornecer elementos mais precisos e objetivos para se saber, efetivamente, **a partir de qual momento poderá ser autorizado o início da execução da pena**, confirmada (ou imposta) em acórdão condenatório. Sem embargo, quer se defina tal momento como o dia do escoamento, *in albis*, do prazo para interposição do recurso extraordinário (*lato sensu*), quer, na hipótese de ser este manejado, se postergue o início da execução da pena para o momento em que a impugnação venha a ser examinada pela Presidência do Tribunal *a quo*, certo é que não mais se cogita de aguardar, no órgão jurisdicional *ad quem*, o julgamento do recurso especial ou extraordinário, e muito menos dos recursos a eles acessórios.

Isso não implica afastar, volto a dizê-lo, a possibilidade de o julgador, **dentro de seu inerente poder geral de cautela**, atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso,

Superior Tribunal de Justiça

obstar a execução provisória da pena. Isso seria possível, por exemplo, em situações excepcionais, nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à *vol d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

Todavia, esse não é o caso dos autos.

Com efeito, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (**fraude ao caráter competitivo da licitação**), por 22 vezes, à **pena total** de 5 anos, 8 meses e 10 dias de detenção e pagamento de 28 dias-multa, em regime semiaberto; b) pela prática de **corrupção passiva**, com a incidência da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP, à sanção de **4 anos de reclusão**, em regime semiaberto e c) pelo delito de **formação de quadrilha** (art. 288 do CP), à reprimenda de 1 ano e 11 meses de reclusão, em regime semiaberto.

O recurso especial interposto pela defesa foi analisado com profundidade e, ao fim e ao cabo, **manteve o *decisum* proferido pelo Tribunal de origem**. Os embargos de declaração, como visto, em nada integraram o acórdão, impondo ressaltar que a demora na tramitação de todo o processo, desde a origem até o julgamento por esta Corte, já resultou em benefício para o embargante, porquanto foi impositivo o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (incidência da prescrição da pretensão punitiva **apenas** com relação ao crime de quadrilha).

É dizer, sob o prisma do recente julgamento do STF, **não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena**. Aliás, pedido semelhante foi feito em caso que tramita no Supremo Tribunal Federal, cujo relator, Ministro **Edson Fachin (ARE n. 851.109/DF)**, ao apreciá-lo, assim decidiu:

Restou superado, neste Tribunal, o entendimento emanado do julgamento do HC 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, não mais sendo vedada a execução provisória da pena.

Incide, na hipótese, o caminho apontado pelo comando legal contido no art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Essa direção normativa teve, ulteriormente, a chancela da Lei 8.308,

Superior Tribunal de Justiça

de 28 de maio de 1990, a qual regulou também, a posteriori, o efeito meramente devolutivo dos recursos às instâncias extraordinárias, e o fez ao instituir normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Dúvida não emerge do artigo 27 da Lei mencionada, o qual no seguindo parágrafo assim estatui: "§2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo".

Impende, pois, remeter a matéria ao juízo de origem, a quem cabe examinar e determinar, a tempo e modo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Tenho dito, em votos justamente voltados a fazer prevalecer o entendimento consagrado no, agora superado, HC 84.078-MG, que **nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal** resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.

Em verdade, como acentua a doutrina mais abalizada:

A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade no Estado Constitucional. E isso não só pelo fato de existir uma divisão de trabalho muito clara entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, mas fundamentalmente pelo fato de a violação ao precedente encarnar um duplo e duro golpe no Direito - a um só tempo viola-se autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Nesse contexto, afastar-se do precedente deve ser visto como uma falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito. Em duas palavras, deve ser visto como uma evidente arbitrariedade. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96-97).

Superior Tribunal de Justiça

No mesmo sentido:

O juiz é uma "peça" no sistema de distribuição de justiça e não alguém que é investido de Poder estatal para satisfazer as suas vontades. Para que esse sistema possa adequadamente funcionar, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário possa se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma isonômica e sem ferir a coerência do direito e a segurança jurídica. Portanto, a absurda e impensada ideia de dar ao juiz o poder de julgar o caso como quiser, não obstante ter o Tribunal Superior já conferido os seus contornos, é hoje completamente insustentável. Desconsidera que as Supremas Cortes, na atualidade, tem a função de dar sentido ao Direito e desenvolvê-lo ao lado do Legislativo.

(MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recomprensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 129-130).

A esse respeito, o Ministro Edson Fachin, no limiar de seu voto, fez percutiente remissão ao pensamento de Robert Jackson, que integrou a Suprema Corte norte-americana em meados do século passado. Referindo-se à judicatura suprema, asseriu aquele magistrado: “nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra” (*we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final* – Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 – 1953).

É caso, portanto – com as ressalvas susoindicadas – de dar efetivo e imediato cumprimento à nova interpretação dada, pelo Supremo Tribunal Federal, aos limites e ao alcance da presunção de não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII).

Dispõe o art. 105 da Lei nº 7.210/1984 (que deve ser, na espécie, conjugado com o art. 2º da mesma lei, respeitante à execução provisória da pena): "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

Sobre o tema, é apropriado o escólio de Espínola Filho, ao pontuar que a **"regra geral é a de que cabe ao juiz da ação a competência para a execução da sentença, nela proferida, afinal"**. Vale dizer, o início da execução da reprimenda compete ao juiz **"perante o qual correu a ação penal,**

Superior Tribunal de Justiça

pouco importando tenha a executar a sentença por ele próprio proferida, ou a substituída a essa, em virtude do provimento dado, no todo ou em parte, a recurso, ordinário, extraordinário ou misto (revisão), interposto contra aquela sentença" (*Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavotenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 352-353).

Essa também é a inteleção de Mirabete, ao enfatizar que "compete aos tribunais superiores a execução quando se trata de competência originária da respectiva Corte, ainda que o acórdão por esta proferido tenha sido reformado pelo Supremo Tribunal Federal (MIRABETE, Julio Fabrinni. *Execução penal*. 11^a ed. rev. e at. por Renato Fabbrini São Paulo: Atlas, 2004, p. 299).

V. Dispositivo

À vista do exposto, rejeito os embargos de declaração do recorrente e acolho o pedido do Ministério Público Federal, determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – juízo da condenação – para que encaminhe guia de recolhimento provisória ao juízo da VEC, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente.