

12/04/2016

SEGUNDA TURMA

AÇÃO PENAL 898 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. Em agravo regimental, reiterado em preliminar, alega-se nulidade absoluta no desarquivamento do inquérito inicial. A questão já foi resolvida por decisão prolatada em 10.4.2015, nos seguintes termos (fls. 2.865-2.866):

“[...] o exame dos autos aponta para a regularidade da investigação criminal. Relatório do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de Santa Catarina destaca que o Tribunal de Justiça acolheu pedido formulado pelo Procurador-Geral de Justiça de arquivamento do caderno investigatório em relação ao então prefeito do Município de Blumenau, ora denunciado, por falta de provas de autoria delitiva, e determinou a remessa dos autos à promotoria de justiça com atribuição para continuidade das investigações em relação a outros envolvidos. Inconformado, o representante do *parquet* solicitou o reexame da decisão de arquivamento, negado pelo mencionado colegiado em novembro de 2003 (apenso 15 fls. 1.988-2.007).

Posteriormente, já em outubro de 2009, o novo titular da mesma promotoria de justiça tomou conhecimento de que ação civil pública ajuizada em razão dos mesmos fatos havia retomado o seu curso em 2009, após longo período de suspensão. Com base em novos elementos constantes desse procedimento independente é que foi requerida a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 2.194-2.222). Com vista deles o Procurador-Geral da República entendeu pela continuidade das investigações (fl. 2.235) e, a partir das novas diligências, ofereceu a denúncia (fls. 2.372-2.380), recebida pela Segunda Turma por unanimidade em 25.6.2014 (fl. 2.682).

Não há, portanto, como subscrever o entendimento da defesa, de perfeita identidade entre o material que consta

arquivado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, aparentemente em 2003, com aquele sindicado pelo Procurador-Geral da República em 2010 (fl. 2.235).

4. No caso, o titular da ação penal apontou a higidez da investigação e afirmou que *'a condução do feito, portanto, está de acordo com o disposto no art. 18 do CPP (após a ciência do ajuizamento da ação civil pública, pelos mesmos fatos investigados neste feito procedeu-se ao aprofundamento das investigações, com a efetivação de novas diligências)'* (fl. 2.833).

Vê-se, portanto, que a denúncia foi oferecida com base em novos elementos, em especial perícia (fls. 2.270-2.278 e 2.348-2.362) e inquirição de testemunhas (fls. 2.344-2.346), e não apenas em elementos informativos colhidos no que consta arquivado, hipótese que justifica o próprio desarquivamento do caderno inquisitivo, a teor do art. 18 do Código de Processo Penal, secundado pela Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado às fls. 2.806-2.811 e determino a continuidade da instrução, nos termos do ato de fls. 2.813-2.814”.

A decisão acima transcrita foi publicada em abril de 2015 e contra ela o réu não apresentou irresignação. Assim, conforme salientado em decisão prolatada em agosto de 2015 (fls. 3.130-3.133), a matéria encontra-se preclusa, razão pela qual o agravo regimental deve ser desprovido e a preliminar, rejeitada.

2. No mérito, o réu, prefeito de Blumenau/SC à época dos fatos, é acusado de uso indevido de recursos públicos, em benefício próprio, em razão da realização de pagamento de despesas do Município, em especial com publicidade, por meio de verbas repassadas à Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio. Não há dúvidas acerca da irregularidade da forma como realizados os pagamentos citados. Ficou patente, aliás, a desorganização contábil-financeira, conforme, inclusive, reconhecido pela defesa (fls. 3.250 e 3.261).

Nesse sentido, confirmam as ilicitudes o relatório de auditoria externa contratada pela Fundação Hospitalar de Blumenau (fls. 606-640) e a perícia realizada pelo Instituto Nacional de Criminalística (fls. 2.348-2.362), que apontou que *“a Prefeitura transferia recursos para o Hospital exclusivamente para pagamentos de despesas de publicidade que tinham o objetivo de enaltecer a administração do município”* (fl. 2.352), sendo os recursos *“destinados ao pagamento de radialistas, empresas produtoras de vídeos, empresas de teledifusão, empresas de comunicação e propaganda, rádios, entre outros”* (fl. 2.352). O fato não é contestado pela defesa, que alega apenas que *“havia um problema financeiro na Prefeitura, dívidas a pagar, credores buscando o cumprimento de obrigações, e os técnicos nada mais fizeram do que encontrar uma forma de adimplir os contratos buscando fontes de pagamento dentro da Municipalidade com capacidade para isso”* (fl. 3.250). Desse modo, é seguro concluir que ao menos parte do valor repassado pela Prefeitura ao Hospital Santo Antônio, no montante de R\$ 384.413,50 (trezentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e treze reais e cinquenta centavos), segundo apurado pela perícia (fl. 2.362), foi posteriormente utilizado para arcar com despesas da própria Prefeitura, principalmente com publicidade.

3. A defesa sustenta, no entanto, que *“esse problema – encontrar fontes para o pagamento de obrigações no valor de 384 mil – não passava pelo Prefeito, e a solução aventada não exigia sua autorização”* (fl. 3.250). Diz, assim, que não haveria provas do envolvimento do réu nas supostas irregularidades. A participação do acusado no ilícito, de fato, mostra-se controvertida. Sobre a autoria, assim se manifestou a acusação (fls. 3.185-3.187):

“Todas essas circunstâncias, a saber, o envolvimento de diversos agentes públicos, todos da confiança e bastante próximos ao alcaide; o caráter escancarado e público da forma de realização dos pagamentos; a exata correspondência entre os repasses ao nosocômio e os pagamentos ilegais; a ilicitude intrínseca das contratações e o fato delas terem beneficiado pessoalmente o prefeito, autorizam a conclusão de que os fatos

criminosos estavam sob o seu domínio final. O contrário não é crível e nem faz qualquer sentido.

Não convence o fácil e cômodo argumento do acusado de que fora atraído por seus subordinados.

Inicialmente, porque nas circunstâncias dos autos não se divisa qual interesse lhes poderia haver motivado. A defesa é silente a esse respeito, sendo que não se concebe que tantos agentes públicos – da estrita confiança do denunciado – tenham agido à sua revelia. [...]

Demais disso, por óbvio que o Chefe de Gabinete do Prefeito de Blumenau/SC não detinha, entre as suas atribuições, determinar o pagamento de fornecedores do Poder Executivo, muito menos aqueles que deveriam ser remunerados pelo Hospital Santo Antônio, que sequer fazia parte da Administração Pública. Se agia na determinação de pagamentos, é certo que o fazia sob ordem do alcaide, de quem era o assessor mais próximo. O próprio Paulo Eduardo de Oliveira Costa reconheceu isso, quando afirmou à autoridade policial que *‘entre suas atribuições como chefe de gabinete, basicamente consta cuidar da agenda do prefeito’* (fls. 598).

Nessa mesma linha de inteligência, tem-se que o Secretário de Finanças, o codenunciado Elmo Grutzmacher, afirmou em sede policial que recebera ordens do então Chefe de Gabinete para efetivar determinados pagamentos via Hospital Santo Antônio. Como é curial, um Secretário Municipal não está subordinado ao Chefe de Gabinete do Prefeito. Resulta claro que se ele assumiu responsabilidade por ordenar os pagamentos, assim o fez por ver no seu colega um mero transmissor de ordens daquele a quem ambos deviam obediência: o alcaide”.

O Ministério Público destaca, ainda, que os codenunciados, em suas respostas à acusação, implicaram o réu nos ilícitos investigados (fls. 3.188-3.189):

“Para arrematar, importa frisar que, em suas respostas à

acusação, os codenunciados delataram o acusado Décio Lima.

In verbis:

Elmo Grutzmacher:

'9. O Acusado nunca foi ordenador primário e isolado dos atos de liberação dos pagamentos cuja ilicitude se pretende ver declarada.

10. Todos os pagamentos realizados pelo Acusado decorriam de determinação expressa do Acusado Décio Nery de Lima (...)' (fls. 2.448/9, g.n.)

Fernando de Mello Vianna:

'(...) o Denunciado elou os seus subordinados apenas cumpriam ordens de superiores hierárquicos (Prefeito, junta Financeira, Secretário de Finanças, Secretário de Comunicações) para repassar aos credores os valores recebidos da Prefeitura Municipal de Blumenau (...)' (fls. 2.556v, g.n.)

Acerca da chamada de corrêu, mormente após o advento da Lei n° 10.792/03, cumpre lembrar, com Malatesta, sua admissibilidade, pois *'a facilidade para dizer a verdade sobre o próprio fato só pode, logicamente, levar à facilidade em dizer a verdade sobre o fato de outrem'*.

Destarte, pode-se afirmar com o necessário grau de segurança que a determinação para a prática dos delitos objeto da presente ação penal foi do réu Décio Nery de Lima".

As alegações finais fazem referência, também, a depoimento prestado na fase inquisitorial por Carlos Eduardo Locatelli, proprietário da empresa Press.Com Assessoria de Imprensa, cujo teor, no que importa, é o seguinte (fl. 515):

"[...] Que, em Junho ou Julho/99, no Restaurante Na Moita, a Rua Joinville, nesta, seu sócio Willian contratou serviço de publicidade com a PMB [Prefeitura do Município de Blumenau], de maneira informal, com alguns integrantes da PMB, que estavam naquele restaurante, entre os quais o prefeito Décio Nery Lima e outros cujo não sabe e que seu sócio Willian não lhe informou; Que a contratação de serviços eram para

abrir página dupla de publicidade na revista de circulação bimestral que sua empresa mantém, denominada 'Na Moita Mag.', cujo exemplar apresenta neste instante comprovando a página dupla, folhas 27 e 28, contratada pela PMB, pertinente à reurbanização da rua XV de Novembro, inclusive com foto da rua XV de Novembro, de uma maquete, tendo a seguinte gravação: 'Reurbanização. Todos os dias vão ser lindos', com logotipo da PMB, do CDL e da Empresa Momento Engenharia; Que o anúncio publicitário foi pago unicamente com recursos da PMB, ou seja, CDL e Momento em nada contribuíram; Que o serviço prestado foi pago através da Nota Fiscal n. 20 de sua empresa, datada de 04.02.2000, tendo como pagador a Fundação Hospitalar de Blumenau – HSA, no valor de R\$ 1.800,00 reais; [...]"

4. No caso, todavia, as provas documentais e testemunhais produzidas em juízo não corroboram com segurança a versão do Ministério Público. Os elementos apresentados, embora não deixem dúvidas acerca das irregularidades na contratação dos serviços de publicidade pela Prefeitura de Blumenau na gestão do réu, não o comprometem cabalmente. Os depoimentos testemunhais, do mesmo modo, passaram longe de incriminá-lo. Especificamente com relação ao depoimento judicial da testemunha de acusação José dos Santos Garcia – Secretário de Planejamento do Município de Blumenau e membro da “junta financeira” responsável por autorizar despesas à época dos fatos –, foi-lhe questionado expressamente sobre a participação e ciência do réu (fls. 2.928-2.930):

“Juiz – [...] O senhor nunca encostou no Décio e disse assim: ‘Oh, Décio’ [...] ‘você está pagando publicidade com verba do hospital?’ O senhor nunca fez essa pergunta?

Testemunha – Mas isso, mas isso eu fiz pra todo mundo, não só pro Décio, pro governo...

Juiz – O que que eles responderam? [...]

Testemunha – A resposta de que não pagavam. [...]

Advogado – (...) Bom, o que importa saber aqui é: nesse caso específico, houve ingerência do prefeito?

Testemunha – Na Junta não, porque nós só passávamos a cota. [...]

Advogado – Então, não houve nenhum tipo de avocação, de determinação do prefeito nesse sentido?

Testemunha – Não, não passaram pela Junta”.

Outrossim, a testemunha de defesa Aroldo Bernhardt declarou não ter havido ingerência direta do réu durante o período em que ocupou o cargo de Superintendente do Hospital Santo Antônio – logo após os supostos fatos delituosos (fl. 3.023):

“Advogado – Durante esses três meses, houve alguma ingerência do prefeito em relação ao Hospital, à contratação, a pagamento de contas, esse tipo de coisa?

Testemunha – Olha, sequer cheguei a falar com o prefeito a respeito. Acho até que, nesses três meses, nem sequer encontrei o prefeito, não me lembro. Porque havia, no Conselho de Administração – que, por causa da crise, no Hospital se reunia quase que semanalmente –, havia um representante da prefeitura, então toda a minha ligação era através dele, solicitando recursos, (ininteligível) prefeitura, dessa forma.

Juiz – Quem era esse representante?

Testemunha – Eu acho que era ou o Roberto (ininteligível) – eu acho que foi depois, no começo (ininteligível) –, e o João (ininteligível), que era secretário da Fazenda do Governo e, por isso, estava lá”.

As demais testemunhas de defesa limitaram-se ao exercício abonatório. A testemunha de acusação Paulo Eduardo de Oliveira Costa – chefe de gabinete do réu à época dos fatos –, por sua vez, apenas afastou a responsabilidade da “junta financeira” pelos pagamentos realizados pelo Hospital Santo Antônio de despesas da Prefeitura, mas de nenhum modo implicou o acusado (fls. 2.935-2.938):

“Ministério Público – A suma da acusação, aqui, diz respeito ao seguinte fato: que a prefeitura passaria ao Hospital Santo Antônio determinada verba e essa verba, então, era usada para pagar despesas que seriam ordinadamente da Secretaria de Comunicação, ou seja, despesa com publicidade. Tá?

Testemunha – (Meneou positivamente).

Ministério Público – Despesas essas que, em princípio, consta aqui que não haviam sido licitadas, enfim, há menções a contratações informais.

Testemunha – Sim.

Ministério Público – Então vamos lá.

Isso é verdadeiro? Isso ocorreu mesmo nesse período?

Testemunha – Eu não tenho conhecimento dessa ocorrência.

Ministério Público – Mas esse repasse, o pagamento de despesa da Secretaria de Comunicação por parte do hospital, isso de fato ocorreu?

Testemunha – Eu tenho conhecimento por aquilo que saiu, na época, na imprensa. Vamos lá, eu vou falar, aqui, no âmbito que eu acho que é o objeto da Junta Financeira. O que existiam lá eram deliberações a respeito de valores previstos em orçamento, repassados ao Hospital para o seu custeio e para sua manutenção. Então, isso era o que acontecia de deliberação ou de gestão por parte da Junta Financeira. Especificamente, sobre questões de repasse para pagamentos de despesas, no caso, de comunicação por parte do Hospital, a Junta nunca deliberou sobre isso. Então, não tinha conhecimento e, aí, depois, obviamente que isso se tornou público, como notícia, enfim, a partir dos processos que foram, que aconteceram na sequência.

[...]

Ministério Público – E o papel do Prefeito nisso tudo? Eu sei que a Junta, o prefeito não tinha assento na Junta. Certo?

Testemunha – Sim.

Ministério Público – Mas essas demandas de pagamento, o

que eu quero dizer é o seguinte: o prefeito, enquanto autoridade máxima do município, ele tinha um poder hierárquico sobre a Junta?

Testemunha – Não. O prefeito delegou pra Junta poder. Eu não me lembro se tinha alguma, se formalmente a Junta foi constituída, existia uma delegação de poder pra Junta, para que ela fizesse, então, essas deliberações. Não existia a indicação: prefeito paga isso ou paga aquilo, não é? Existia preocupação, obviamente que tudo que se deliberava na Junta – e, aqui, estou falando de uma memória de 14 anos –, mas era aquilo que estava contratado, que existia então, empenho, o contrato, toda aquela tramitação e documentação necessária para poder deliberar o pagamento e fazer o pagamento. [...]"

5. Constata-se, portanto, que não há prova concreta de participação do réu no delito em questão. Para considerá-lo como partícipe da conduta imputada, seria indispensável a demonstração, para além da dúvida, de que tenha efetivamente contribuído para o delito. Diversamente do que sustenta a acusação, o fato de a dita "junta financeira" não ser responsável por analisar, ordenar ou aprovar as despesas específicas do Hospital Santo Antônio não comprova que o réu, por cima dela ou por ordem a seus subordinados, tenha demandado que a Fundação Hospitalar de Blumenau arcasse com gastos da Prefeitura.

Como cediço, cabe à acusação produzir prova inequívoca que conduza à condenação. Afinal, *"nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado"* (HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 18-9-2009).

No caso concreto, o Ministério Público não se desincumbiu de sua obrigação. Se é certo que sua versão é plausível, o fato é que isso não basta para um juízo condenatório seguro. Com efeito, a Procuradoria-Geral da República resume-se a indicar circunstâncias diversas que, segundo afirma, *"autorizam a conclusão de que os fatos criminosos estavam sob o seu domínio final"* (fl. 3.185). Entretanto, não apresentou provas

concretas de participação do então prefeito nas irregularidades apontadas. Limita-se a citar depoimento tomado na fase policial, não confirmado judicialmente, acerca de fato que, ao que tudo indica, sequer foi presenciado pelo depoente, e manifestações de corrêus, conforme reproduzido anteriormente.

Como firmado na jurisprudência deste Supremo Tribunal, palavra de corrêu não basta para embasar a condenação:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. [...] ‘o sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corrêu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, exceção aberta para o caso de corrêu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999’ [...]”. (RHC 116108, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 17-10-2013)

“HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIOS DOS CO-RÉUS, NOS QUAIS O PACIENTE TERIA SIDO DELATADO. ATOS REALIZADOS SEM PRESENÇA DO DEFENSOR DO PACIENTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 10.792/03: IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS NÃO RECONHECIDOS. CONDENAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NA DELAÇÃO DOS CO-RÉUS: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA”. (HC 94034, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 5-9-2008)

Por outro lado, o art. 155 do Código de Processo Penal veda expressamente, como regra, a condenação com base exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação. Acerca do tema:

“INQUÉRITO - ELEMENTOS - CONDENAÇÃO. Surge insubsistente pronunciamento condenatório baseado, unicamente, em elementos colhidos na fase de inquérito”. (HC 96356, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma,

DJe de 24-9-2010)

“Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa”. (HC 103660, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 7-4-2011)

6. Imputar a alguém uma conduta penal tão somente pelo fato de ocupar determinado cargo significa, na prática, adotar a responsabilização objetiva na esfera penal. Ao contrário. A responsabilização penal nos crimes comissivos impõe a regra de certeza acerca da conduta criminosa praticada, não podendo ser suprida por ilações, por mais coerentes ou lógicas que se apresentem, decorrentes da exclusiva condição de ser prefeito. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Ação Penal. Senador da República. [...] 2. À falta de prova suficiente de que o réu concorreu para o crime, impõe-se a absolvição na forma do art. 386, V, do Código de Processo Penal. 3. Pretensão acusatória julgada improcedente”. (AP 554, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 8-6-2015)

Do inteiro teor do voto do relator, extrai-se o seguinte:

“3. [...] não há nos autos provas suficientes da efetiva participação do acusado no delito. Há dúvida se o réu concorreu para o crime, cuja materialidade está configurada, dando ordens para a transferência dos valores. [...]”

4. Permitir que o acusado seja condenado somente pela posição hierárquica superior, no caso chefe do poder executivo estadual, seria um mal uso da teoria do domínio do fato. Deve haver prova inequívoca de que o acusado emitiu tal ordem, o

que não é o caso dos autos. Ademais, o mero 'dever de saber' não é suficiente para uma condenação em razão de ensejar responsabilização objetiva, incompatível com o direito penal. Não cabe presunção *in malam partem*, ante o princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII da Constituição Federal).

5. Em um caso análogo, esta Corte manifestou-se no sentido de que *'não se pode, é certo, presumir a responsabilidade criminal daquele que se ache no cargo de Prefeito municipal, em função apenas dessa titularidade. Increpação mecânica ou linear que redundaria na aplicação da inadmissível figura da responsabilidade penal objetiva. Se se prefere, implicaria presumir a responsabilidade penal objetiva em razão da simples titularidade do cargo público.'* (AP 409, Rel. Min. Ayres Britto)"

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte que *"a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito"* (AP 447/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 29/5/2009). Ante a ausência de provas cabais da autoria, a absolvição se impõe, conforme pacífico entendimento da Corte:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. (...) SENTENÇA CONTRA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS. FRAGILIDADE EVIDENTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMUTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. PRIMAZIA DO DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. (...)

2. Em matéria penal, a densificação do valor constitucional do justo real é o direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). É dizer: que dispensa qualquer demonstração ou elemento de prova é a não-culpabilidade (que se presume). O seu oposto (a culpabilidade) é que demanda prova, e prova inequívoca de protagonização do fato criminoso.

3. O polêmico fraseado 'contra a evidência dos autos' (inciso I do artigo 621 do CPP) é de ser interpretado à luz do conteúdo e alcance do Direito Subjetivo à presunção de não-culpabilidade, serviente que é (tal direito) dos protovalores constitucionais da liberdade e da justiça real.

4. São contra a evidência dos autos tanto o julgamento condenatório que ignora a prova cabal de inocência quanto o que se louva em provas insuficientes ou imprecisas ou contraditórias para atestar a culpabilidade do sujeito que se ache no pólo passivo da relação processual penal. Tal interpretação homenageia a Constituição, com o que se exalta o valor da liberdade e se faz justiça material, ou, pelo menos, não se perpetra a injustiça de condenar alguém em cima de provas que tenham na esqualidez o seu real traço distintivo.

5. Ordem concedida". (HC 92435, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 17-10-2008)

7. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental interposto, rejeito a preliminar e, no mérito, julgo improcedente a denúncia, por não existir prova de que o réu tenha concorrido para a infração penal (art. 386, V, do Código de Processo Penal). É o voto.