

Crimes licitatórios - Réu - Reeleição para o cargo de prefeito - Foro privilegiado - Incompetência do Juízo sentenciante - Nulidade - Acolhimento - Art. 29, inciso X, da CF/88 e art. 106, inciso I, b, da CEMG - Art. 77, I, do CPP - Continência - Art. 78, III, do CPP - Prevalência da jurisdição especial - Súmula 704 do STF - Atração

Ementa: Apelação criminal. Crimes licitatórios. Eleição do réu como prefeito municipal. Foro por prerrogativa de função. Incompetência. Natureza absoluta. Nulidade da sentença. Necessidade de julgamento de todos os acusados perante o mesmo juízo. Desmembramento não justificado.

- A competência fixada em razão do foro por prerrogativa de função, tendo em vista a relevância de determinados cargos e/ou funções públicas, é de natureza absoluta, sendo improrrogável e passível de ser reconhecida a qualquer tempo, até mesmo de ofício.

- Se um dos corréus possui foro por prerrogativa de função, imperiosa a incidência das normas legais de conexão e continência para manter a unidade do feito perante um único juízo, descabidas as hipóteses autorizadas do desmembramento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.11.013042-8/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelantes: 1º) M.A.V., J.M.S., N.R.A., R.M.S.; 2º) E.G.S.R., V.V.S.; 3º) L.M.B.C.; 4º) J.N.P., A.V.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em ACOLHER A PRELIMINAR DEFENSIVA E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2014. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelações criminais interpostas por M.A.V., J.M.S., N.R.A., R.M.S., E.G.S.R., V.V.S., L.M.B.C., J.N.P., A.V.P. em face da sentença de f. 537/570, por meio da qual o MM. Juiz da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Conselheiro Lafaiete julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando os recorrentes nos seguintes termos:

- apelante M.A.V. como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, (duas vezes) e art. 90, *caput*, da Lei

nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 110 (cento e dez) dias-multa;

- apelante R.M.S. como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, (duas vezes) e art. 90, *caput*, da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 110 (cento e dez) dias-multa;

- apelante N.R.A. como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, (duas vezes), art. 90 e art. 92, *caput*, da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa;

- apelante J.M.S. como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, e art. 90, ambos da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa;

- apelante E.G.S.R. como incurso nas sanções do art. 90 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos e pagamento de 30 (trinta) dias-multa;

- apelante V.V.S. como incurso nas sanções do art. 89 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direito, e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa;

- apelante L.M.B.C. como incurso nas sanções do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa;

- apelante A.V.P. como incurso nas sanções do art. 90 e art. 92, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa;

- apelante J.N.P. como incurso nas sanções do art. 90 e art. 92, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, c/c art. 29 do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

Em suas razões recursais às f. 588/594, a defesa da apelante V.V.S. pleiteia sua absolvição por ausência de dano ao erário. Afirma que sua participação na Comissão de Licitação era meramente formal, sendo imprescindível a prova do dolo específico para configuração do delito.

Razões da defesa de E.G.S.R. às f. 596/601, nas quais pleiteia sua absolvição por ausência de provas de seu envolvimento no delito e do dolo específico, ressaltando que apenas assinava as cotações de preços que realizava, não possuindo conhecimentos técnicos sobre o procedimento das licitações.

Às f. 645/652, pleiteia a defesa a absolvição dos réus J.N.P. e A.V.P. em face da regularidade do procedi-

mento licitatório e por ausência de dolo. Sustenta que o reajuste dos contratos se deu por variações de mercado imprevisas pelas partes e que não houve qualquer lesão ao erário público, além de má-fé. Caso mantida a condenação, requer a redução das penas aos mínimos legais, com a sua conversão em penas alternativas.

Razões recursais da defesa de L.M.B.C. (f. 654/6740), nas quais pugna pela improcedência da ação penal, uma vez que a hipótese era mesmo de inexigibilidade de licitação e que a ré em nada contribuiu para que se declarasse tal inexigibilidade. Sustenta ainda a ausência de dolo específico de gerar dano ao erário, o que afasta a tipicidade da conduta penal. Caso mantida a condenação, requer a observância do princípio da individualização das penas, com a redução ao mínimo legal.

Às f. 679/685, argui a defesa dos demais réus a inépcia da inicial. No mérito, pugna pela absolvição dos acusados por inexistência de dolo e de prejuízo ao erário, estando regulares os procedimentos licitatórios realizados. Sustenta ainda que, com a reeleição do apelante N., deveria ser observada a competência originária, sendo nulo o feito desde então, e que, caso mantida a condenação, sejam as penas reduzidas ao mínimo, com a substituição por restritivas de direito.

Às f. 631/634; 638/639 e 690/702, contrarrazões recursais, requerendo o Ministério Público o desprovemento de todos os recursos, com a manutenção da sentença recorrida.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento dos recursos (f. 712/722).

É o relatório.

Decido.

Conheço dos recursos, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Apesar de não suscitada como preliminar, analiso como tal a arguição de incompetência do Juiz *a quo* para julgamento da presente ação penal.

Preliminar de incompetência absoluta do Juízo.

Conforme relatado, sustenta a defesa de R.M.S., M.A.V., J.M.S. e N.R.A. a incompetência do Juiz de Direito da Comarca de Conselheiro Lafaiete para julgar o presente feito, considerando que este último réu é detentor de foro privilegiado, em razão de sua reeleição no cargo de Prefeito Municipal.

A nulidade merece acolhimento.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o apelante N.R.A. é detentor do cargo de Prefeito Municipal de Queluzito, tendo sido reeleito no último pleito do ano de 2012, vindo a ser empossado no referido cargo em janeiro do corrente ano.

É o que se constata do documento juntado pela defesa às f. 686, no qual consta o resultado das eleições daquela Municipalidade obtido junto ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Nota-se, portanto, que, na data da publicação da sentença recorrida, em 30.01.2013 (f. 571), o réu já era detentor do foro por prerrogativa de função, o que, contudo, não foi observado pelo d. Sentenciante.

Destaco que o próprio Ministério Público, ciente de tal condição, opôs embargos de declaração em face da sentença primeva (f. 572), postulando a observância da competência por prerrogativa de função em relação ao réu N.R., para que fosse invalidada a sentença em relação a ele, com o prosseguimento do feito em relação aos demais acusados.

Contudo, foram os embargos rejeitados, sob os fundamentos abaixo reproduzidos:

Não restam dúvidas de que prefeitos têm prerrogativa de função, devendo ser julgados pelo Tribunal de Justiça nos crimes comuns e de responsabilidade. Todavia, conforme bem apontado pelo IRMP à f. 572, os autos vieram conclusos para prolação da sentença, devidamente instruídos, antes mesmo do período eleitoral, conforme se verifica à f. 536. Deve-se observar, portanto, o princípio da identidade física do juiz, sobretudo porque a elaboração da sentença se iniciou antes da posse do réu no cargo de Prefeito Municipal. Trata o presente feito de processo complexo, com grande número de volumes, que demandou análise aprofundada. Assim sendo, foi superado o prazo para a prolação da sentença, o que se deu, também, pelo acúmulo de processos, inclusive de réus presos, bem como pelo recesso forense (f. 629).

Rogando vênias ao ilustre Magistrado, julgo que tal raciocínio não merece prosperar.

Ainda que os autos tenham sido conclusos para prolação da sentença em 22.08.2012 (f. 536), somente após cinco meses foi a decisão publicada. Durante o momento da elaboração da decisão, deveria o d. Magistrado ter observado a regra da competência, alterada em função da prerrogativa de foro, regra objetiva que envolve, precipuamente, o princípio do juiz natural.

Sobre o citado princípio ensina Maria Lúcia Karam:

O princípio do juiz natural se desdobra, assim, em três aspectos, que dão o teor de seu conteúdo legitimador do exercício da jurisdição: em primeiro lugar, só são órgãos jurisdicionais aqueles instituídos pela Constituição Federal; além disso, tais órgãos devem ser pré-constituídos, ninguém podendo ser processado ou julgado por órgão instituído após a ocorrência do fato ou especialmente escolhido para conhecer e decidir sobre determinada causa; e, terceiro, a jurisdição só pode ser exercida pelo juiz pré-constituído em âmbito previamente delimitado pela distribuição de competências constitucionalmente estabelecida (*Competência no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 49).

Pois bem, com base na Constituição da República de 1988, tem-se que a competência para julgar o Prefeito Municipal, tanto nos crimes comuns como nos de responsabilidade, é do Tribunal de Justiça.

Assim dispõe o art. 29, inciso X, da Carta Magna:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e apro-

vada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

Por sua vez, a Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu art. 106, inciso I, alínea b, preceitua que:

Art. 106. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição:

I - processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas:

[...]

b) o Secretário de Estado, ressalvado o disposto no § 2º do art. 93, os Juízes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e o do Corpo de Bombeiros Militar e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

Conforme revela sua própria nomenclatura, a competência *ratione personae* toma por dado relevante uma característica ou um atributo pessoal da parte, como a circunstância de ser vinculada ao poder e também seu cargo ou função pública, como é o caso específico do foro por prerrogativa de função.

A competência originária dos tribunais impõe-se em razão da dignidade e da importância de determinados cargos e funções públicas, como forma de garantir a independência funcional de seus titulares.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira,

Optou-se pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira (*Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.182-183).

No caso presente, ainda que o d. Magistrado tenha levado em consideração a complexidade do feito e o princípio da identidade física do juiz, tais circunstâncias não impedem o reconhecimento da incompetência do juízo, de natureza absoluta.

De fato, a competência fixada em razão do foro por prerrogativa de função, repito, tendo em vista a relevância de determinados cargos e/ou funções públicas, é material e, como tal, considerada absoluta por estar fixada em norma constitucional e por apresentar como fundamento interesse público.

Em razão de tais características, é improrrogável e pode ser conhecida a qualquer tempo, até mesmo de ofício.

Sobre a incompetência absoluta, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público, o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes. Trata-se aí de competência absoluta, isto é, que não pode ser modificada. Iniciado o processo perante o juiz incompetente, este pronunciará a incompetência, a qualquer tempo e independentemente de alegação das partes (art. 109 do CPP), enviando os autos ao juiz competente. E, segundo o Código, todos os atos decisórios serão nulos pelo vício de incompetência, salvando-se os demais atos do processo, aproveitados pelo juiz competente (art. 567 do CPP). (*As nulidades do processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38).

Em relação aos demais réus, verifica-se que, na hipótese em apreço, todos estão sendo acusados de praticar, em concurso de pessoas, os crimes previstos na Lei nº 8.666/93, deparando-se com a nítida hipótese de continência, nos termos do art. 77, inciso I, do Código de Processo Penal.

Tal circunstância impede o julgamento dos fatos por juízos distintos com relação aos réus, já que não verificada nenhuma das hipóteses previstas no art. 79 do mesmo diploma legal.

Assim, se um dos corréus possui foro por prerrogativa de função, imperiosa a incidência da norma contida nos aludidos dispositivos legais para manter a unidade do feito perante um único juízo, a fim de evitar decisões divergentes ou contraditórias e possibilitar uma visão mais completa dos fatos.

Portanto, incidindo em um só caso duas regras de fixação de competência distintas, prevalecerá aquela estabelecida em norma de maior hierarquia, nos termos do art. 78, III, do CPP, impondo-se que os demais réus não detentores do foro privilegiado sejam processados e julgados, originariamente, por este Tribunal de Justiça.

Oportuno citar o sedimentado na Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal:

Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Nesse sentido, também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

Processual penal. Pedido de extensão. *Habeas corpus*. Vereador. Competência por prerrogativa de função. Foro privilegiado estabelecido pela Constituição Estadual. Possibilidade. Idêntica situação fático-processual. Inteligência do art. 580 do CPP. Pedido de extensão deferido. 1. Havendo conexão ou continência entre infrações envolvendo competência de foro por prerrogativa de função, impõe-se o julgamento *simultaneus processus*, prevalecendo, *in casu*, a *vis attractiva* para o julgamento dos fatos imputados ao corréu que não detém a prerrogativa de função, a teor do disposto nos arts. 77, I, c/c 78, III, ambos do Código de Processo Penal. 2. Uma vez verificada a similitude fático-processual entre o paciente e o corréu, ambos denunciados e condenados pela mesma infração penal, é de rigor a extensão do julgamento, nos termos do art. 580 do CPP. 3. Pedido de extensão

deferido. (PExt no HC 57341/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 24.04.2008, DJe de 23.06.2008.)

Habeas corpus. Quadrilha, peculato-desvio e fraude à licitação (arts. 288 e 312 do Código Penal, e 90 da Lei nº 8.666/1993). Corréu detentor de foro por prerrogativa de função. Necessidade de julgamento de todos os acusados perante o mesmo juízo. 1. Tratando-se de processo criminal no qual se atribuem a todos os agentes os mesmos delitos, depara-se com nítida hipótese de continência, nos termos do art. 77, inciso I, do Código de Processo Penal, circunstância que, por si só, impede o julgamento dos fatos por juízos distintos com relação a determinados réus, já que não se verifica nenhuma das exceções previstas no art. 79 do citado Estatuto. 2. Incidindo, portanto, em um só caso, duas regras de fixação de competência distintas, deve prevalecer aquela estabelecida em norma de maior hierarquia, nos termos do art. 78, inciso III, do Código de Processo Penal, razão pela qual, na hipótese, impõe-se que os corréus não detentores do foro por prerrogativa de função sejam processados e julgados perante o Tribunal de Justiça do Estado, por força da continência verificada. 3. A corroborar tal compreensão, é imperioso frisar que, ao julgar questão de ordem no Inquérito 2245/MG, o Supremo Tribunal Federal entendeu, consoante o voto médio prolatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que a simples pluralidade de réus não enseja o desmembramento dos processos em que haja autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, impondo-se o julgamento unitário dos acusados perante a jurisdição de maior hierarquia. 4. Consequentemente, havendo na ação penal em exame corréu com foro privilegiado, todos os demais acusados, inclusive o paciente, devem ser processados perante o mesmo juízo, impondo-se, por conseguinte, verificar a quem compete o julgamento do feito. [...] (HC 71362/MA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13.12.2011, DJe de 1º.02.2012).

Cumprido ressaltar ainda que, em observância ao entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 81.811/RJ), restou devidamente comprovado o vínculo objetivo entre os fatos criminosos e os agentes, o que justifica a conexão instrumental, e não apenas a mera conveniência do *simultaneus processus*.

Destaco ainda que não vislumbro como necessária a incidência das disposições do art. 80 do CPP, que permite o desmembramento da ação penal quando houver pluralidade de réus.

Tal providência se justifica, a meu ver, quando conveniente à instrução processual, ou seja, quando o elevado número de agentes demanda uma complexa dilação probatória, mantendo sob a jurisdição da competência originária somente o réu com foro privilegiado e mantendo nas instâncias inferiores o processamento e julgamento dos demais acusados.

No julgamento do Agravo Regimental no Inquérito 27016-5, o plenário do Supremo Tribunal Federal destacou como fundamentos suficientes para justificar o desmembramento do feito: a) a conveniência da instrução criminal, b) o excessivo número de acusados, c) a existência de condutas que demandam complexa dilação probatória e d) a inexistência de óbice legal para que o relator do inquérito proceda ao desmembra-

mento quando entender conveniente ao bom andamento do processo, sempre visando dar celeridade e eficácia à pretensão punitiva do Estado.

No caso dos autos, apenas o critério objetivo do número de agentes justificaria o desmembramento, já que encerrada a instrução processual, que será aproveitada com a declaração de incompetência, e a relativa singularidade dos fatos criminosos.

Assim, considerando que simples pluralidade de réus não enseja o desmembramento (STF, Inquérito 2245/MG), impõe-se o julgamento unitário dos acusados perante a jurisdição de maior hierarquia, considerando a presença de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função.

Desse modo, considerando que o Juízo da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Conselheiro Lafaiete se tornou incompetente no momento em que o réu N.R.A. passou a ocupar cargo detentor de foro por prerrogativa de função, cumpre declarar nulos os atos praticados a partir dessa data, o que alcança, na espécie, a sentença recorrida.

Ante todo o exposto, acolho a preliminar defensiva e anulo a sentença de f. 537/570 em razão da incompetência do Juízo, para que o julgamento do feito em relação a todos os réus se proceda, originalmente, perante este Tribunal de Justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MACHADO e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DEFENSIVA E ANULARAM A SENTENÇA.

...