

Votação em dosimetria da pena em Ações Penais julgadas no Plenário do STF

A última vez em que o Plenário enfrentou questão de ordem para saber se os ministros que ficaram vencidos no mérito poderiam votar na dosimetria foi na Ação Penal 432/MG (réu JAIRO ATAÍDE VIEIRA), julgada em 2013.

A partir de uma questão de ordem suscitada pelo Min. Dias Toffoli, o Plenário, repisando o precedente na AP 470, entendeu que **todos deveriam votar na dosimetria**, independentemente do que foi votado no mérito. Na hipótese, o Min. Dias Toffoli votava pela condenação, mas declarava extinta a punibilidade. Transcreve-se a ementa:

Ementa: AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA RATIONE MUNERIS. DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PÚBLICOS. ART. 1º, II, DECRETO-LEI N. 201/67. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL A PROPAGANDAS DE GOVERNO QUE PROMOVAM A FIGURA DE GOVERNANTES. ART. 37, § 1º, DA CRFB. PRECEDENTES. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. DOSIMETRIA. REQUISITO NECESSÁRIO DOS VOTOS CONDENATÓRIOS, AINDA QUE A CONDENAÇÃO TENHA ENQUADRADO A CONDUTA CRIMINOSA EM INCISO DIVERSO DO QUE PREVALECEU NO JULGAMENTO PLENÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, CONSIDERADA A PENA APLICADA EM CONCRETO. 1. O art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67 tipifica como crime próprio dos Prefeitos Municipais a conduta de “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”, cominando a pena de reclusão, de

dois a doze anos. 2. A realização de propaganda de cariz eleitoral, exaltando a gestão do prefeito municipal e depreciando as administrações anteriores em época próxima ao pleito, custeada pelo Erário do Município, configura o delito previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67. 3. A Constituição preceitua, em seu art. 37, § 1º, que, verbis: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. 4. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que: “O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.” (RE 191668, Rel. Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008). Em igual sentido: RE 281012, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012; RE 217025 AgR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27/04/1998. 5. In casu: (i) a denúncia imputa ao Réu, Deputado Federal e Ex-Prefeito de Montes Claros/MG, a prática, por três vezes, em

concurso material, do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, tendo em vista os seguintes fatos: (a) realização, em abril de 2000, de propagandas televisivas de conteúdo autopromocional, às expensas do governo municipal, totalizando gastos de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); (b) a distribuição, por duas vezes, de panfletos supostamente informativos, mas também de conteúdo autopromocional e custeados pelo Erário do Município, ao custo de R\$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais), conforme nota fiscal datada de 17 de novembro de 1999. 6. O dolo do agente é inequívoco, pois, na qualidade de Prefeito, assinou o contrato, assim como os respectivos termos de aditamento, entre a Prefeitura Municipal de Montes Claros/MG e a agência de publicidade, nas datas de 15 de janeiro de 1998, 15 de janeiro de 1999 e 24 de fevereiro de 2000 (fls. 666, 662 e 656). 7. A materialidade restou demonstrada com base na evidência da autopromoção praticada com uso indevido de rendas públicas, por meio da veiculação de propagandas televisivas. 8. O emprego de rendas públicas em proveito próprio, com realização de propagandas autopromocionais, não caracteriza o peculato-uso, cuja atipicidade é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, mas no qual não há intuito de apropriação e que somente se caracteriza quando estão envolvidos bens fungíveis. 9. É requisito legal da condenação a fixação da dosimetria da pena imposta ao delito que se julgou comprovado. 10. O fato de uma condenação enquadrar a conduta do réu em inciso diverso daquele que a maioria do Plenário considera aplicável ao caso concreto não atrai a jurisprudência da Corte, que apenas afasta a participação, na votação da dosimetria da pena, daqueles que tenham votado pela absolvição do acusado, já que um juízo absolutório não comporta qualquer dosimetria de pena. **11. Questão de ordem resolvida para autorizar o Ministro Dias Toffoli a**

participar da dosimetria da pena, considerado o voto condenatório proferido por Sua Excelência. 12. Pretensão punitiva julgada parcialmente procedente, para condenar o Réu como incurso nas penas do art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, consistente na realização de propagandas televisivas de conteúdo autopromocional, às expensas do erário, conduta caracterizadora da utilização de rendas públicas em proveito próprio. 13. Relativamente à distribuição dos panfletos, julgou-se improcedente a acusação, contra o voto do relator, nos termos do voto da Revisora, que absolveu o acusado quanto a esta imputação, por falta de provas da utilização indevida de rendas públicas em proveito próprio. 14. Aplicada, por maioria, a reprimenda de 02 (dois) anos de reclusão, decretando-se, em seguida, a extinção da punibilidade, em razão da prescrição retroativa. Vencidos, na dosimetria, o Ministro Relator e a Ministra Revisora, que fixaram a pena definitiva em 4 anos e 4 meses de reclusão. (AP 432, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Nessa ocasião, aliás, o Ministro Gilmar Mendes **vencido**, junto com o Ministro Marco Aurélio, ponderando que, se o voto do Min. Dias Toffoli havia resultado na extinção de punibilidade, ele não poderia votar na dosimetria:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, este é um caso confuso. Eu também já me manifestei – e a questão de ordem, na verdade, é anterior até a AP nº 470 – no sentido da participação geral, no caso, eu acho que da relatoria do Ministro Peluso, salvo engano, e que, depois, foi reafirmado, inclusive, na AP nº 470, mas acho que houve, pelo

menos, dois julgamentos antes, em que se afirmou que quem absolve não participa da dosimetria. Então, eu entendo que essa orientação há de ser preservada.

Destaco trechos interessantes dos debates:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, o episódio da Ação Penal 470 não foi o primeiro. Houve uma outra vez em que levantei essa questão. Foi no julgamento de um deputado federal, em que eu e o Ministro Gilmar também o absolvíamos - não me lembro qual foi o terceiro Colega que absolveu -, mas ficamos vencidos. Ministro Peluso era o Presidente.

Quando fui votar na dosimetria, o Ministro Peluso - dos três que absolviam o réu, eu era o mais novo, então, eu votava em primeiro - disse: Vossa Excelência não tem direito a voto, porque Vossa Excelência absolveu o réu. A matéria foi colocada em questão de ordem e prevaleceu, contra o meu voto, a deliberação de que eu não poderia participar naquela dosimetria.

Formulei novamente essa questão na Ação Penal nº 470. Este é um bom caso para explicitar as razões pelas quais entendo que, estando em Colegiado e não sendo um juízo singular, aquele que absolve também tem de participar da dosimetria, porque é uma questão de lógica, de teoria dos conjuntos. O Ministro Luís Roberto Barroso acabou de estabelecer uma dosimetria que levaria à extinção da punibilidade do réu. Como disse o Ministro Teori, se os três Ministros que absolveram o réu aderissem a esse voto - e aí já sou eu dizendo, em adendo ao que o Ministro Teori adiantou - teríamos quatro votos por uma dosimetria relativa a uma pena cuja punibilidade estaria extinta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) -
Agora, Senhor Presidente, só uma observação: a lógica do Plenário, naquela oportunidade, foi no sentido de que, se uma maioria absolve e os demais participam da dosimetria, pode ocorrer que se forme um paradoxo de a maioria considerar o fato típico e na dosimetria da pena haver uma preponderância da dosimetria daqueles que absolveram, porque é quase que lógico que os que absolveram entenderam a conduta de somenos e vão fixar a pena num limite abaixo daqueles que condenaram e que têm que justificar a condenação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência tem razão, porém, eu acho, por dever de boa-fé, os fatos que tenham sido assentados pela maioria não podem ser desconsiderados pelo o que absolveu e vai votar. Portanto, a questão de fato está resolvida; e, logo, isso mitiga um pouco a preocupação de Vossa Excelência, mas estou de acordo que quem perdeu não pode depois tentar, na dosimetria, virar o jogo; tem que partir da premissa fática que foi estabelecida. Isso nós estamos de acordo.