



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.827.592 - RS (2019/0211507-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MARCELO D AGOSTINI
ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93. DEIXAR DE OBSERVAR AS FORMALIDADES PERTINENTES À DISPENSA. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS COMPROVADOS. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. RAZOABILIDADE. ELEMENTOS QUE ULTRAPASSAM AS CARACTERÍSTICAS DO ILÍCITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A análise da não comprovação do dolo específico esbarra no óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal, uma vez que a Corte *a quo* consignou expressamente ter sido demonstrada "*a intenção do réu em beneficiar indevidamente o co-denunciado e sua esposa*".

2. No que se refere à necessidade de comprovar o prejuízo efetivo ao erário, o Tribunal de Justiça enfatiza que a quantidade de material adimplido pelo Município não foi entregue, acarretando prejuízo aos cofres públicos, não podendo esta Corte confrontar a afirmativa sem que adentre no universo fático-probatório da demanda.

3. Quanto à dosimetria da pena, o Tribunal de origem manteve negativadas as circunstâncias relativas à culpabilidade (falsificação de documentos), à conduta social (assédio moral), aos motivos (cumprir promessas de campanha), às circunstâncias (pressão) e as consequências do crime (crise financeira severa ao município), ponderando que cada uma delas deveria somar à pena-base dois meses.

4. Foram elencados elementos que ultrapassam as características ínsitas ao tipo penal, capazes de elevar a reprimenda.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.827.592 - RS (2019/0211507-6)

AGRAVANTE : MARCELO D AGOSTINI
ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto em desfavor de decisão de minha relatoria que negou provimento ao recurso especial.

A parte agravante afirma que o recurso deveria ter sido apreciado pelo colegiado, pois não se tratava de caso contrário à Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF ou Superior Tribunal de Justiça – STJ. Assegura que deveria ter sido absolvido, notadamente porque inexistiria a comprovação do dolo específico de concorrer à dispensa ou a não exigibilidade de licitação em benefício de terceiros, bem como efetiva comprovação de prejuízo ao erário público.

No tocante à dosimetria da pena, alega que os argumentos lançados pelo Tribunal a quo para a elevação da reprimenda são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, havendo clara ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Requer o provimento do agravo para que se admita o recurso especial e lhe dê provimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.827.592 - RS (2019/0211507-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

O recurso não merece provimento.

De início, *"a decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante"* (AgRg no HC 462.983/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 10/12/2018).

Não há motivos para alteração da decisão agravada que negou provimento ao recurso especial.

O agravante foi condenado pelo delito do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/90 c/c 61, II, "g", do Código Penal – CP (dispensa de licitação fora das hipóteses previstas) à pena de 4 anos e 1 mês de detenção e multa de 50 dias.

Na petição de recurso especial, a defesa sustentou não ter sido comprovado o dolo na conduta, bem como o prejuízo ao erário público.

Aduziu, ainda, que a pena-base foi elevada de forma exacerbada, ofendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; que o Tribunal de origem não tinha como auferir a conduta social através dos elementos constantes nos autos; que as consequências não foram apuradas ao longo da instrução criminal; o prejuízo financeiro confunde-se como as consequências inerentes ao tipo; as circunstâncias do crime não podem ser sopesadas de forma negativa e a culpabilidade também não sobressai aos elementos do tipo.

Ocorre que a análise da não comprovação do dolo específico esbarra no óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal, uma vez que a Corte a *quo* consignou expressamente *"ter sido demonstrada a intenção do réu em beneficiar indevidamente o co-denunciado e sua esposa"* (fl. 660).

No que se refere à necessidade de comprovar o prejuízo efetivo ao erário, o Tribunal de Justiça enfatiza que a quantidade de material adimplido pelo Município não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi entregue, acarretando prejuízo aos cofres públicos (fl. 661). Tais posicionamentos não confrontam a jurisprudência desta Corte:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. INTENÇÃO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONDUTA. ATIPICIDADE. CONTRATAÇÃO. ADVOGADO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. QUESTÃO CONTROVERTIDA NA ÉPOCA DOS FATOS. IN DUBIO PRO REO. APLICAÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

2. Hipótese em que os recorrentes foram condenados como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por terem contratado serviços advocatícios prestados por uma mesma profissional, com breve intervalo de tempo entre as contratações, entre os anos de 1999 e 2000, sem licitação ou concurso público.

3. Em momento algum as instâncias ordinárias afirmaram ter havido a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos ou terem sido exorbitantes os valores pagos, porém reconheceram expressamente que foram prestados os serviços contratados.

4. Se, no âmbito da comunidade jurídica, à época das contratações, era controvertida a própria necessidade de licitação para a contratação de advogado, em razão do disposto no art. 13, V, da Lei n. 8.666/1993, não há como condenar-se pela sua dispensa, sendo necessário fazer valer o princípio do *in dubio pro reo*.

5. Recursos especiais providos para absolver os recorrentes, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (REsp 1.185.582/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 11/12/2013).

Quanto à dosimetria da pena, o Tribunal de origem manteve negativas as circunstâncias relativas à culpabilidade (falsificação de documentos), à conduta social (assédio moral), aos motivos (cumprir promessas de campanha), às circunstâncias (pressão) e as consequências do crime (crise financeira severa ao município), ponderando que cada uma delas deveria somar à pena-base 2 meses. Vejamos:

Com relação ao processo dosimétrico, merece reparo.

Na pena-base, as circunstâncias da culpabilidade (para a execução do crime, foi providenciada a falsificação de documentos, bem como foi mantida a sua execução mesmo com a negativa de participação do Secretário de Obras); conduta social (o réu praticava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assédio moral contra os servidores municipais que desatendiam às suas ordens, como assentado no julgamento da apelação nº 70072894058, em 1.6.2017, por esta 4ª Câmara Criminal); personalidade desviante e desonesta (reiteração delituosa, em razão da condenação confirmada em segundo grau de jurisdição na ação penal nº 050/2.16.0002055-0 - apelo nº 70072894058); dos motivos do crime (para cumprir promessas de campanha); das circunstâncias do crime propriamente ditas (exercida pressão para que Daniel assinasse a nota de empenho mesmo ter participado da dispensa de licitação); e as conseqüências (a forma de gerir de Marcelo afundou o Município em severa crise financeira, como assentado na apelação nº 70072894058), foram consideradas negativas, ensejando a exasperação da pena em 3 (três) meses e 10 (dez) dias por cada vetorial, totalizando 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de detenção.

As vetoriais relativas à culpabilidade, conduta social, motivos, circunstâncias e conseqüências, vão mantidas, porquanto a fundamentação é concreta. Sinalizo que a servidora Carina Schuster, ouvida nestes autos, referiu ter sido procurada pelo réu Marcelo a fim de que assinasse um processo licitatório mesmo sem ter participado, demonstrando a forma como o réu controlava os servidores e com eles se relacionava, o que efetivamente torna negativa a sua conduta social.

Acrescento, conseqüências negativas, em razão dos relatos no sentido de que o material adquirido e pago pelo Município não foi totalmente entregue, causando prejuízo para as finanças públicas.

Ademais, ao contrário do alegado pela Defesa, não há *bis in idem*, para a valoração negativa da conduta social e as circunstâncias, porquanto os seus fundamentos não são idênticos. Isso porque, mesmo depois de o Secretário de Obras ter deixado o cargo, foi procurado para assinar o documento, ou seja, a pressão sofrida pelo servidor excedeu a verificada durante o período em que esteve subordinado ao réu.

Por outro lado, não há elementos nos autos a permitir a avaliação da personalidade desviante do réu. Não possuindo condenações transitadas em julgado, inviável a consideração negativa nesta vetorial sob pena de afronta ao disposto na Súmula nº 444, do STJ.

O quantitativo de pena aplicado por cada circunstância negativa é excessivo, alcançando praticamente o termo máximo de 5 (cinco) anos. Assim, altero a valoração de cada uma para 2 (dois) meses.

Por esses fundamentos, a pena-base vai redimensionada para 3 (três) anos e 10 (dez) meses de detenção.

No caso em apreço, há fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base, tendo sido descritas de forma suficiente as particularidades do caso concreto e respeitados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a conduta social é avaliada de acordo com o comportamento do agente em seu meio social,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

familiar ou profissional, podendo, como fez a Corte a quo, valorar negativamente o ato do agente assediar servidores públicos para fins de cometimento de ilícitos. Cito recente precedente quanto ao tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS RELATIVOS AO CASO CONCRETO. IDONEIDADE CONSTATADA.

1. A decisão agravada está na mais absoluta consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à necessidade de se colacionar fundamentos inerentes ao caso concreto para justificar a exasperação da pena-base.

2. Quanto à culpabilidade, o ato de desferir três tiros à queima-roupa contra a vítima detona a acentuada reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente.

3. O Paciente agiu com extrema violência contra o ofendido, que foi agredido fisicamente e alvejado à queima-roupa por duas vezes, por ser Policial Militar. (...) Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado na pena-base fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz. (HC n. 241.092/MS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 29/8/2014).

4. No que se refere à conduta social, o anunciado costume do agravante de andar armado se revela suficiente para justificar a negativação concebida a esta circunstância, notadamente por demonstrar de forma concreta o seu comportamento no meio social em que vive.

5. A conduta social deve ser entendida como o comportamento do agente em seu meio social, familiar, ou profissional, nisso não interferindo a priori sua vivência delitiva. (HC n. 31.218/MG, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/12/2014).

6. Em relação às consequências do crime, qual seja, ter deixado a vítima filhos órfãos, pode sim ser valorado de forma negativa, haja vista tal componente não ser elemento inerente ao tipo penal do homicídio.

7. As consequências do crime são especialmente mais danosas quando o homicídio enseja o desamparo de filhos menores. Precedentes. No caso, a vítima deixou 3 filhos órfãos, sendo que o menor possuía 12 anos de idade ao tempo do fato. (HC n. 290.996/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2016).

8. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.16.691/TO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 18/11/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, ressalte-se que, para as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, às circunstâncias e às consequências, foram elencados elementos que ultrapassam as características ínsitas ao tipo penal, capazes de elevar a reprimenda.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0211507-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
REsp 1.827.592 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021877320178210050 01434840520198217000 03376792420188217000
05021700008586 1434840520198217000 21877320178210050 3376792420188217000
5021700008586 700779724670 70079724670 70081715757

EM MESA

JULGADO: 20/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCELO D AGOSTINI
ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCELO D AGOSTINI
ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.