



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 418.041 - MA (2017/0249201-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
EMBARGANTE : BENEDITO SA DE SANTANA
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS - MA012082A
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. ALEGADAS OMISSÕES, CONTRADIÇÕES E OBSCURIDADES NO ACÓRDÃO EMBARGADO. OMISSÃO RECONHECIDA EM RELAÇÃO À FRAÇÃO UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE DO CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967. VÍCIOS DE INTEGRAÇÃO NÃO CONFIGURADOS EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PONTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos ditames do art. 619 do Código de Processo Penal, bem como para sanar eventual erro material, o que não se verifica na espécie.

2. Inexiste omissão no exame da tese de ausência do elemento subjetivo para a configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, pois o acórdão embargado foi expresso em afirmar que o tema não foi objeto de debate e julgamento pela Corte local e tal circunstância efetivamente constitui óbice ao respectivo exame de mérito no âmbito desta Corte, sob pena de supressão de instância.

3. Não há falar em omissão ou contradição no exame da tese de ausência de demonstração do dolo e do efetivo prejuízo sofrido pelo erário público para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, pois o acórdão embargado tratou do tema de forma específica e coerente.

4. Não procedem os vícios apontados *no que concerne à manutenção da exasperação da pena-base por considerar presentes a circunstância judicial das consequências do crime, ao dosar a condenação pelo delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67*, pois a insurgência foi suficientemente examinada, com clareza e coerência.

5. Por outro lado, constato omissão relevante em relação ao *quantum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do aumento operado na primeira fase da dosimetria do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Afinal, embora seja correto afirmar que *a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito* (e-STJ fls. 259/260), na espécie, a expressiva lesão ao erário não é suficiente para, de forma isolada, ensejar o incremento da pena-base no excessivo patamar de metade. Nesse contexto, revela-se razoável reduzir o incremento da pena-base para o usual patamar de 1/6, na esteira de precedente desta Corte em hipótese similar (HC 394.955/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 30/6/2017).

6. A fração de aumento decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não constitui objeto da impetração, tampouco foi examinado no julgamento deste *writ*, que apenas utilizou a fração utilizada na origem ao redimensionar a pena desse delito em razão das ilegalidades aferidas na primeira fase da dosimetria. Dessa forma, a impugnação desse aumento constitui inovação não suscetível de exame em sede de embargos declaratórios.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para reduzir a pena relativa ao crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967.

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, acolher parcialmente os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 418.041 - MA (2017/0249201-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
EMBARGANTE : BENEDITO SA DE SANTANA
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS - MA012082A
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de embargos de declaração opostos por BENEDITO SÁ DE SANTANA contra acórdão proferido pela Quinta Turma (e-STJ fls. 238/264), assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS, DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/1967. ALEGADA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO E EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO DEMONSTRADOS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. ART. 1º, IV, DA LEI 8.137/1990. UTILIZAÇÃO DE NOTAS FRIAS OU DE EMPRESAS FANTASMAS. AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA IMPUTADA AO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DOSIMETRIA DAS PENAS DOS CRIMES REMANESCENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. EXCESSIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ILEGALIDADE DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. REGIME PRISIONAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE SUPERA 4, MAS NÃO EXCEDE 8 ANOS. ABRANDAMENTO PARA O REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A pretendida absolvição em relação ao crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/1967, ante a não comprovação do dolo específico de causar lesão ao erário não foi objeto de debate na Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior implicaria supressão de instância.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei 8.666/1993 exige 'o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica – Inq 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014' (AP 683/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06/3/2017).

4. No caso, embora o acórdão impugnado tenha afirmado, em confronto com a jurisprudência desta Corte, que a configuração do delito do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 prescinde do dolo específico e da demonstração do dano efetivo, findou por registrar, a partir da análise que fez do conjunto probatório, a existência de elementos indicativos do dolo específico do agente e do prejuízo decorrente da ilegal dispensa de licitação. Com efeito, além do expressivo valor dos contratos com a dispensa de licitação, totalizando R\$ 1.451.251,15, as instâncias ordinárias consignaram que as obras para as quais esse montante foi revertido não foram realizadas, constando do 'procedimento encartado nos autos pelo TCE, em mídia digital, [...] as incongruências do processo, possibilitando ver com mais clareza a dilapidação do erário e má aplicação dos recursos' (e-STJ fl. 141). Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. *Precedentes*

5. O art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990, tipifica a conduta de 'suprimir ou reduzir tributo mediante a conduta de elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato'.

6. Hipótese em que o paciente apresentou notas frias ou de empresas fantasmas perante o Tribunal de Contas para tentar justificar despesas realizadas como gestor municipal, conduta que não se subsume ao tipo penal previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990. Afinal, embora a utilização de notas frias ou de empresas fantasmas possa materializar a prática de crime tributário, é imprescindível que tal procedimento seja realizado em proveito do contribuinte, para o fim de suprimir ou reduzir tributo, o que não ocorreu na espécie, impondo-se a absolvição do paciente em relação ao apontado delito tributário.

7. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

8. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, às consequências próprias do ilícito e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. Precedentes.

9. Além disso, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Precedentes.

10. No caso, a exasperação da pena-base do crime de desvio de verbas públicas foi suficientemente motivada no que toca ao desvalor das consequências do delito, porquanto fundou-se na expressiva lesão causada aos cofres públicos – R\$ 1.451.251,15 –, o que efetivamente constitui maior desvalor. Em contrapartida, revela-se inidôneo o fundamento utilizado para a análise negativa dos antecedentes criminais nos dois delitos remanescentes – desvio de verbas públicas e dispensa ilegal de licitação –, porquanto baseou-se na existência de ações penais em curso, em manifesta afronta ao enunciado da Súmula 444/STJ, impondo-se o redimensionamento das penas.

11. Em virtude da redução das penas para patamar que não excede 8 anos de privação da liberdade, mas supera 4 anos, fixo o regime inicial semiaberto para o respectivo resgate.

12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente quanto ao crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990 e reduzir as penas aplicadas aos delitos previstos nos arts. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 e 89 da Lei 8.666/1993, razão pela qual torno as penas do paciente definitivas em 3 anos de reclusão e 3 anos, 7 meses e 6 dias de detenção, a serem cumpridas em regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Em suas razões (e-STJ fls. 269/321), o embargante sustenta que o acórdão embargado incorreu em omissão, pois não examinou a tese de ausência do elemento subjetivo para a configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1976. Aduz que o tema foi objeto de debate e julgamento pela Corte local, diversamente do que restou consignado no acórdão retro.

Além disso, aponta omissão e contradição no exame da tese de ausência de demonstração do dolo e do efetivo prejuízo sofrido pelo erário público para a configuração do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, pois o Tribunal *a quo* teria acolhido o entendimento da sentença no sentido de que esse crime é de mera conduta.

Alega, outrossim, omissão, obscuridade e contradição *no que concerne à manutenção da exasperação da pena-base por considerar presentes a circunstância judicial das consequências do crime, ao dosar a condenação pelo delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67* (e-STJ fl. 311). Para tanto, repisa a tese de que as consequências do delito referidas pelas instâncias ordinárias são inerentes à configuração do tipo penal violado. Também argui que esta Corte teria agregado novos fundamentos para a manutenção do exame negativo desse vetor, além de impugnar a fração de aumento.

Por fim, assevera que o acórdão embargado incorreu em omissão, obscuridade e contradição no ponto em que refez a dosimetria do crime de dispensa ilegal de licitação, pois manteve a causa de aumento pela continuidade delitiva em 1/5 sem a demonstração da prática de três infrações penais para justificar a fração adotada.

Ao final, pede o acolhimento dos presentes embargos, com efeitos infringentes, para que as omissões, contradições e obscuridades suprarrelatadas sejam sanadas.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 333/347.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 418.041 - MA (2017/0249201-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

É ressaltado que os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos ditames do art. 619 do Código de Processo Penal, bem como para sanar eventual erro material.

No caso, inexistiu omissão no exame da tese de ausência do elemento subjetivo para a configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, pois o acórdão embargado foi expresso em afirmar que o tema não foi objeto de debate e julgamento pela Corte local (e-STJ fls. 146/157) e tal circunstância efetivamente constitui óbice ao respectivo exame de mérito no âmbito desta Corte, sob pena de supressão de instância. Segue trecho que dirime essa questão (e-STJ fl. 249 - grifei):

No que toca à suscitada ausência de demonstração do elemento subjetivo necessário para a configuração do delito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, o tema não foi objeto de debate pelo Tribunal a quo, razão pela qual é incabível o respectivo exame no âmbito desta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido: [...]

Além disso, não há falar em omissão ou contradição no exame da tese de ausência de demonstração do dolo e do efetivo prejuízo sofrido pelo erário público para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, pois o acórdão embargado tratou do tema de forma específica e coerente, nos termos seguintes (e-STJ fls. 250/254 - grifei):

Quanto ao delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, importa considerar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei 8.666/1993 exige o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica – Inq 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014 (AP 683/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06/3/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse mesmo sentido:

[...]

Confira-se, ainda:

[...]

No caso, segue a motivação constante da sentença para condenar o paciente pela prática do referido delito (e-STJ fls. 139/141):

No que tange ao crime descrito no artigo 89, caput, da Lei nº 8.666/90: novamente, é flagrante nos anexos apresentados pelo TCE que o réu, devendo realizar procedimentos licitatórios, não o fez. E insuficiente a alegação de que, na condição de prefeito municipal, o réu criou uma Comissão Permanente de Licitação que seria responsável pelos procedimentos e que ele só teve conhecimento das irregularidades quando da citação exarada pelo TCE. Isso não o isenta da responsabilidade que era sua, como gestor.

Além disso, a Lei de Licitações exige a participação do gestor público em dois momentos distintos, na homologação e adjudicação do objeto da licitação (art. 43, VI), para que tome conhecimento da regularidade da ordenação de despesa realizada pelo ente público. Nesses termos, sua participação é tão importante que o legislador conferiu a ele, expressamente, o poder de anular o procedimento, de ofício, em caso de ilegalidade (art. 49). Portanto, sendo sua participação no procedimento licitatório indispensável (a menos que tenha delegado a função de ordenador de despesa a terceiro), é irrelevante a alegação de que criou a Comissão Permanente de Licitação para comprovar sua boa-fé.

O réu colacionou ainda entendimento de que a caracterização do tipo carece de dano ao erário, o qual não ficou evidenciado nos autos. Ocorre, contudo, que os acórdãos do TCE demonstram que o autor deixou de licitar despesas num montante total de R\$ 1.451.251,15 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e um mil, duzentos e cinquenta e um reais e quinze centavos) - fls. 13, 19, 32 e 40. Assim, é incompatível supor que tal omissão não importou em prejuízo ao erário, mesmo porque não houve oportunidade, com abertura de procedimento licitatório, para que o Poder Público pudesse contratar por melhor proposta. Nesse sentido, leia-se o exposto no julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DANO IN RE IPSA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA. POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI N. 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ. (...) 7. O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, "o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)" (REsp 1280321/MG, Rei. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 1376524/RJ, Rei. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 09/09/2014) (destacouse).

Desse modo, embora o excerto acima verse sobre o rito da Lei de Improbidade Administrativa, trata-se de matéria afeita ao caso dos autos, que também trata da dispensa indevida de licitação.

Cumpre também esclarecer que "há dano material ao erário quando a obra ou os serviços não são prestados, ou quando são prestados em desacordo com o contratado, mas ainda assim remunerados como se tivessem sido prestados. Ou quando houve superfaturamento em comparação aos preços praticados no mercado" (TJ-SP - Ar 20654191120158260000 SP 2065419-11.2015.8.26.0000, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 29/07/2015, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação 30/07/2015). Patente que investimento de tamanho vulto seria notável neste município; todavia, não se percebem seus efeitos, nem há nos autos notícias das obras para as quais os recursos foram revertidos.

O procedimento encartado nos autos pelo TCE, em mídia digital, esmiúça as incongruências do processo, possibilitando ver com mais clareza a dilapidação do erário e má aplicação dos recursos. Segundo os relatórios, houve superávit tributário na arrecadação do município no exercício financeiro de 2007 e ainda, foram autorizados créditos suplementares para pagamento de despesas. Ainda assim, o investimento nas áreas de educação e saúde, por exemplo, não atingiu o mínimo estabelecido em lei, afronta grave em um município que passa por tantos problemas nessas áreas. Por outro lado, há relatos de grandes somas gastas com combustível, aquisição de materiais de limpeza e serviços de terceiro, todos comprovados de forma insuficiente e/ou suspeita. Dessa maneira, encontra-se o réu incurso também nas penas do artigo em comento, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuidade delitiva por ter frustrado mais de um procedimento licitatório.

A Corte local, por sua vez, consignou que o crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações prescinde da comprovação do dolo específico de causar prejuízo à administração pública (e-STJ fl. 154), mas incursionou no exame do elemento volitivo e do dano causado, corroborando as circunstâncias fáticas reconhecidas na sentença, conforme segue (e-STJ fls. 155/156):

É sabido que a prova do elemento subjetivo específico, como já assentamos, não é tarefa fácil, a não ser que o próprio gestor público confesse a motivação de causar dano ao patrimônio público, o que chega a ser uma cogitação fantasiosa, em se tratando de crimes deste jaez.

Constata-se, pois, que o especial fim de agir, em verdade, situa-se no campo do psiquismo do agente, cuja comprovação deve se valer das circunstâncias que subjazem a conduta, já que, evidentemente, é impossível incursionar na mente do autor para extrair sua intenção.

Na espécie, contudo, esse elemento subjetivo foi reconhecido pela magistrada sentenciante, conforme se vê do seguinte fragmento, extraído da sentença impugnada (fls. 106, 108 e 109):

[...]

À luz do exposto, não há, pois, que se falar em atipicidade da conduta praticada pelo apelante, razão pela qual concluo ter agido com acerto a magistrada de primeiro grau ao decidir-se pela condenação do recorrente.

Dessa forma, embora o acórdão impugnado tenha afirmado, em confronto com a jurisprudência desta Corte, que a configuração do delito do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 prescinde do dolo específico e da demonstração do dano efetivo, findou por registrar, a partir da análise que fez do conjunto probatório, a existência de elementos indicativos do dolo específico do agente e do prejuízo decorrente da ilegal dispensa de licitação.

Com efeito, além do expressivo valor dos contratos com a dispensa de licitação, totalizando R\$ 1.451.251,15, as instâncias ordinárias consignaram que as obras para as quais esse montante foi revertido não foram realizadas, constando do procedimento encartado nos autos pelo TCE, em mídia digital, [...] as incongruências do processo, possibilitando ver com mais clareza a dilapidação do erário e má aplicação dos recursos (e-STJ fl. 141).

Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Nesse sentido: [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também não procedem os vícios apontados *no que concerne à manutenção da exasperação da pena-base por considerar presentes a circunstância judicial das consequências do crime, ao dosar a condenação pelo delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67 (e-STJ fl. 311), pois a insurgência foi suficientemente examinada, com clareza e coerência, nos termos seguintes (e-STJ fls. 257/263 - grifei):*

Quanto ao apenamento dos crimes remanescentes, incumbe considerar que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, às consequências próprias do ilícito e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. Nesse sentido:

[...]

Além disso, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que inquéritos ou ações penais em curso e condenações não definitivas não podem ser negativamente valorados na fixação da pena-base, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Sobre o tema, seguem julgados:

[...]

Esse entendimento foi consolidado na Súmula 444/STJ, in verbis: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Ressalta-se, ainda, que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Nessa esteira:

[...]

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante e mantidos pelo Tribunal a quo para negativar os antecedentes do paciente na dosimetria dos delitos remanescentes e a vetorial consequências do crime, no que toca ao desvio de verbas públicas (e-STJ fls. 142/143 - grifei):

Quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto Lei nº 201/67:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, passo agora para fixação da pena-base. De acordo com: 1) culpabilidade: NEUTRA, pois consoante jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese o acusado ter capacidade plena para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, podendo ter evitado a conduta delitiva, se caso assim determinasse, esta é, in casu, inerente ao tipo; 2) antecedentes: DESFAVORÁVEL, pois constam informações sobre a existência de outras ações penais em desfavor do acusado (fls. 57); 3) conduta social: NEUTRA, há informações insuficientes sobre sua conduta; 4) personalidade: NEUTRA, não há elementos para sua adequada valoração." 5) motivos: NEUTRA, posto que inerente ao próprio tipo; 6) circunstâncias: NEUTRA, são as normais à espécie; 7) **consequências: DESFAVORÁVEIS**, pois o **desvio de verbas no vulto informado nos autos**, implicam na má prestação de serviços públicos relevantes; 8) comportamento da vítima: NEUTRA, pois é a administração pública; pelo qual, fixo a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão.*

Não há circunstâncias agravantes, nem atenuantes a considerar, pelo qual mantenho a pena em 04 (quatro) anos de reclusão.

Não incidem, também, causas de aumento ou diminuição de pena, tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão.

Quanto ao delito do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93:

Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, passo agora para fixação da pena-base. De acordo com: i) culpabilidade: NEUTRA, pois consoante jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese o acusado ter capacidade plena para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, podendo ter evitado a conduta delitiva, se caso assim determinasse, esta é, in casu, inerente ao tipo; 2) antecedentes: DESFAVORÁVEL, pois constam informações sobre a existência de outras ações penais em desfavor do acusado (fls. 57); 3) conduta social: NEUTRA, há informações insuficientes sobre sua conduta; 4) personalidade: NEUTRA, não há elementos para sua adequada valoração; 5) motivos: NEUTRA, posto que inerente ao próprio tipo; 6) circunstâncias: NEUTRA, são as normais à espécie; 7) consequências: NEUTRA, pois decorrente do próprio tipo; 8) comportamento da vítima: NEUTRA, pois é a administração pública; pelo qual, fixo a pena base em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção e 68 (sessenta e oito) dias-multa.

Não há circunstâncias agravantes, nem atenuantes a considerar, pelo qual mantenho a pena em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção e 68 (sessenta e oito) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não incidem, também, causas de diminuição de pena, porém havendo a causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal, aumento a pena em 1/5, tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos de detenção e 81 (oitenta e um) dias-multa, sendo cada dia multa correspondente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na data do fato.

Dessa forma, extrai-se que a exasperação da pena-base do crime de desvio de verbas públicas foi suficientemente motivada no que toca ao desvalor das consequências do delito, porquanto fundou-se na expressiva lesão causada aos cofres públicos – R\$ 1.451.251,15 –, o que efetivamente constitui maior desvalor.

Em contrapartida, revela-se inidôneo o fundamento utilizado para a análise negativa dos antecedentes criminais nos dois delitos remanescentes – desvio de verbas públicas e dispensa ilegal de licitação –, porquanto baseou-se na existência de ações penais em curso, em manifesta afronta ao enunciado da Súmula 444/STJ.

Em consequência, passo ao redimensionamento das penas.

No ponto, importa consignar que esta Corte não agregou nenhum fundamento para manter o exame negativo do vetor consequências do crime, porquanto o expressivo prejuízo ao erário – R\$ 1.451.251,15 – foi a motivação apresentada pelas instâncias ordinárias e não por esta Corte, conforme é possível aferir dos trechos destacados supra.

Por outro lado, constato omissão relevante em relação ao *quantum* do aumento operado na primeira fase da dosimetria do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967.

Afinal, embora seja correto afirmar que *a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito* (e-STJ fls. 259/260), na espécie, a expressiva lesão ao erário – R\$ 1.451.251,15 – não é suficiente para, de forma isolada, ensejar o incremento da pena-base no excessivo patamar de metade.

Nesse contexto, revela-se razoável reduzir o incremento da pena-base para o usual patamar de 1/6, na esteira de precedente desta Corte em hipótese similar (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

394.955/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 30/6/2017), cuja ementa segue transcrita (grifei):

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/1967. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO À CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. MANTIDA A NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO RELEVANTE AO ERÁRIO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. REGIME INICIAL SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - Na hipótese, a culpabilidade do agente foi valorada negativamente em função de haver o paciente atentado contra os deveres do administrador; as circunstâncias do crime, porque o paciente teria se aproveitado das facilidades advindas da sua condição de Prefeito Municipal para cometer o delito; e a personalidade em razão de o paciente, enquanto Prefeito Municipal, haver traído a confiança dos seus eleitores. Tais circunstâncias, a meu ver, não extrapolam os elementos ínsitos ao crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/1967.

IV - Algum dano material causado ao patrimônio público é elementar do tipo do delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei n.º 201/1967, não podendo, por si só, servir para legitimar o incremento punitivo. **Por outro lado, quando o prejuízo causado pela conduta criminosa alcança patamar diferenciado, que desborda do que seria ínsito ao tipo penal, e esse prejuízo especial é concretamente referido pelas instâncias ordinárias, adequada está a valoração negativa das consequências do delito.**

V - No caso, subsiste o desfavorecimento das consequências do crime, em razão de os delitos praticados pelo paciente haverem ocasionado prejuízo relevante aos cofres públicos, no montante de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R\$ 118.420,50 (cento e dezoito mil, quatrocentos e vinte reais e cinquenta centavos).

VI - Todavia, verifica-se que a exasperação da pena-base feita na fração de 1/2 (metade) do mínimo legal, em função do reconhecimento de apenas uma circunstância judicial negativa, mostra-se desproporcional. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, em casos como o presente, o aumento da pena deve se dar no patamar de 1/6 (um sexto).

VII - Neste feito, sendo a nova pena final de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e ante a presença de circunstância judicial desfavorável - consequências do crime -, cabível a manutenção do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

Em razão do acolhimento dos presentes embargos, nesse ponto, passo ao redimensionamento da pena relativa ao crime do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Afastado o desvalor dos maus antecedentes no acórdão embargado e reconhecida a desproporcionalidade do incremento atribuído ao desvalor das consequências do crime, conforme fundamentação supra, fixo a pena-base do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967 em 2 anos e 4 meses de reclusão, *quantum* que se torna definitivo na ausência de circunstâncias a serem sopesadas na segunda ou terceira fases da dosimetria.

Por fim, a fração de aumento decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não constitui objeto da impetração, tampouco foi examinado no julgamento deste *writ*, que apenas utilizou a fração utilizada na origem ao redimensionar a pena desse delito em razão das ilegalidades aferidas na primeira fase da dosimetria.

Dessa forma, a impugnação desse aumento constitui inovação não suscetível de exame em sede de embargos declaratórios.

Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração, em parte, para redimensionar a pena relativa ao crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

201/1967 para 2 anos e 4 meses de reclusão.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0249201-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 418.041 / MA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001910420118100132 0195262016 16082011 1910420118100132 195262016

EM MESA

JULGADO: 25/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS - MA012082A
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : BENEDITO SA DE SANTANA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Responsabilidade

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : BENEDITO SA DE SANTANA
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS - MA012082A
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

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, acolheu parcialmente os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.