



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 737.564 - PE (2015/0160411-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MANOEL TEIXEIRA DE LIMA
ADVOGADOS : CAROLINE DO REGO BARROS SANTOS - PE032753
RICARDO DE ALBUQUERQUE DO REGO BARROS NETO -
PE030937
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES. TIPICIDADE, PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS E CONFISSÃO. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO DEVIDAMENTE DESCRITO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. As questões relativas à tipicidade, prejuízo ao erário e confissão foram analisadas à luz dos elementos fático-probatórios reunidos nos autos, sendo inadmissível sua reapreciação na via do recurso especial ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.
2. Acórdão que firmou a imprescindibilidade de dolo específico e de dano ao erário, entendimento que guarda harmonia com a orientação jurisprudencial desta Corte. Súmula 568/STJ.
3. Agravo regimental improvido.

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

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 737.564 - PE (2015/0160411-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MANOEL TEIXEIRA DE LIMA
ADVOGADOS : CAROLINE DO REGO BARROS SANTOS - PE032753
RICARDO DE ALBUQUERQUE DO REGO BARROS NETO -
PE030937
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 957/961, de minha relatoria, em que conheci do agravo e dei parcial provimento ao recurso especial para fixar a pena do recorrente em 3 (três) anos de detenção, a ser cumprida no regime aberto, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.

A defesa alega reitera a atipicidade da conduta por estar o caso enquadrado na hipótese prevista no art. 24, II, da Lei n. 8.666/1990, além da não comprovação do dolo específico e do prejuízo ao erário, necessários para a configuração do tipo penal. Pede, por fim, o reconhecimento da atenuante da confissão.

Requer a reconsideração do *decisum* ou o julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 737.564 - PE (2015/0160411-2)

VOTO

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

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 957/961):

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de Pernambuco deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do recorrente para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, mantendo, no mais, a condenação do recorrente pela prática do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1990.

No que diz respeito à tipicidade da conduta, nenhum reparo merece o acórdão recorrido na medida em que ficou consignado à e-STJ fl. 798 que o próprio recorrente, em juízo, confirmou que não realizou a devida licitação, nem tampouco o processo de dispensa ou justificativa, a fim de regularizar a reforma sob cogitação.

Constata-se também que, ao contrário do alegado pela defesa, consta do acórdão estadual que o prejuízo ao erário foi efetivamente demonstrado (e-STJ fl. 799), premissa que não se altera em recurso especial ante o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

Nesse panorama o entendimento do Tribunal a quo está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1990, necessária a demonstração do efetivo prejuízo ao erário.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E O ACÓRDÃO PARADIGMA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. PREJUÍZO ADEQUADAMENTE DESCRITO NO ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRIBUNAL A QUO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A comparação de acórdãos para o fim de demonstrar a divergência jurisprudencial pressupõe similitude fática e jurídica entre os casos confrontados e a adoção de teses jurídicas distintas (Precedentes).

II - Na hipótese, os acórdãos comparados versam sobre competências distintas, cuidando o paradigma de competência de natureza cível (ação de cobrança com interesse da União) e o acórdão embargado, de natureza criminal (desvio de verbas do FUNDEF), razão pela qual, nesse ponto específico, não poderá ocorrer a uniformização.

III - É cediço que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dessa Corte firmaram o entendimento no sentido de que se exige a demonstração de efetivo prejuízo ao erário para configuração do crime previsto no art. 89, da Lei n. 8.666/93 (Precedentes).

IV - Contudo, a despeito de reconhecer a conduta do art. 89, da Lei n. 8.666/93 como crime de mera conduta, o que não mais se coaduna com a interpretação jurisprudencial predominante, o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apontou expressamente diversas irregularidades aptas a causar prejuízo ao erário do Município de Uruguaiana/RS, tudo a indicar o dolo de se beneficiar de dispensa irregular de licitação e se locupletar do erário público, o que justifica a manutenção da condenação imposta.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 92.923/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, DJe 25/05/2015 - grifo nosso).

No que diz respeito à dosimetria da pena constata-se flagrante ilegalidade na avaliação da circunstância judicial da culpabilidade (e-STJ fl. 799) porquanto esta Corte Superior já decidiu que meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizadas para aumentar a pena-base (HC 353.839/PB, desta Relatoria, Quinta Turma, DJe 08/06/2016).

A hipótese, portanto, é de concessão de habeas corpus de ofício para fixar a pena-base em seu mínimo legal, isto é, 3 (três) anos de detenção, quantum que torno definitivo ante a ausência de qualquer outra causa de aumento ou diminuição.

A atenuante da confissão, de fato, não incide na hipótese em tela, porquanto registra o acórdão recorrido à e-STJ fl. 838 que em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momento algum o acusado, ora recorrente, confessou o delito. Ao contrário, negou a autoria delitiva e sustentou que sua conduta não se amoldava a qualquer tipificação legal.

No que diz respeito ao regime prisional, com razão a defesa, isso porque o fundamento utilizado pelo acórdão estadual de que o acusado responde a outros processos criminais não pode subsistir tendo em conta o entendimento desta Corte de que ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ.

Assim, tendo em conta a primariedade do recorrente e sendo a pena inferior a 4 (quatro) anos, deve ser fixado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal. Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. "Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nem da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, do mesmo diploma normativo, seja para majorá-las, seja para reduzi-las, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ" (ut, AgRg no REsp 1371371/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/9/2013).

2. Estabelecida a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

3. Atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 916.474/MG, desta Relatoria, DJe 01/08/2016).

Atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ante o exposto, com amparo no art. 932, VII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial** para fixar a pena do recorrente em 3 (três) anos de detenção, a ser cumprida no regime aberto, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.*

Publique-se. Intimem-se.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0160411-2

AgRg no
AREsp 737.564 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023447220108170480 333836700

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MANOEL TEIXEIRA DE LIMA
ADVOGADO : JOSÉ ELMO DA SILVA MONTEIRO - PE013840
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MANOEL TEIXEIRA DE LIMA
ADVOGADOS : CAROLINE DO REGO BARROS SANTOS - PE032753
RICARDO DE ALBUQUERQUE DO REGO BARROS NETO - PE030937
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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