



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 59.683 - SP
(2011/0207336-9)**

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : JOSÉ MARIA LANFREDI
ADVOGADA : REGINA CIRINO ALVES FERREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS JUSTIFICADA. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. BENESSE LEGAL DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM METADE. NÃO INCIDÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A ausência de prequestionamento da matéria ventilada nas razões do recurso especial atrai o óbice da Súmula n.º 211 desta Corte.

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Réu especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal.

4. A conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não é recomendável na hipótese, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. Este Tribunal Superior, ao julgar o EREsp n.º 749.912/PR, firmou entendimento de que o termo "*sentença*" previsto no art. 115 do Código Penal não abrange o acórdão confirmatório, limitando-se à primeira decisão condenatória.

6. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

7. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 59.683 - SP
(2011/0207336-9)**

AGRAVANTE : JOSÉ MARIA LANFREDI
ADVOGADO : REGINA CIRINO ALVES FERREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por NIVALDO JOSÉ SANTOS SILVA contra decisão de minha lavra ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO CONFIGURADA QUANTO AO ART. 16 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA PELA CORTE DE ORIGEM. DEMAIS ARGUMENTOS: MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. MANTIDA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO AGRAVADA." (fl. 1031)

Em suas razões, sustenta que foi amplamente prequestionada a violação ao art. 89 da Lei n.º 8.666/93.

Reitera inobservância aos arts. 44 e 59 do Código Penal, alegando que a pena-base foi majorada sem fundamentação suficiente e que a pena privativa de liberdade cominada ao Agravante deve ser substituída por sanções alternativas.

Reforça, ademais, o pleito de extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, uma vez que o Agravante completou 70 anos no dia 25 de dezembro de 2012. Aduz que o lapso prescricional deve ser reduzido em metade, conforme o disposto no art. 115 do Código Penal.

Assim, requer a reconsideração da decisão agravada ou a remessa dos autos para a Quinta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 59.683 - SP
(2011/0207336-9)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS JUSTIFICADA. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. BENESSE LEGAL DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM METADE. NÃO INCIDÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A ausência de prequestionamento da matéria ventilada nas razões do recurso especial atrai o óbice da Súmula n.º 211 desta Corte.

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Réu especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal.

4. A conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não é recomendável na hipótese, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. Este Tribunal Superior, ao julgar o EREsp n.º 749.912/PR, firmou entendimento de que o termo "*sentença*" previsto no art. 115 do Código Penal não abrange o acórdão confirmatório, limitando-se à primeira decisão condenatória.

6. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

7. Agrado regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Quanto à primeira insurgência, no sentido de que o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é de natureza material, sendo imprescindível o dano ao Erário Público para a tipicidade da conduta, constata-se que, de fato, não houve apreciação pelo Tribunal *a quo*, carecendo, portanto, a matéria, do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. A propósito, o que se considera, para efeitos de satisfação do requisito do prequestionamento, é o debate e a decisão efetiva da Corte de origem acerca da questão federal suscitada.

Nesse sentido:

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. CRITÉRIO DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. DESPROVIMENTO.

[...]

III. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto.

IV. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

V. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no Ag 889400/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 22/04/2008.)

Em segundo lugar, reitera os argumentos expostos no recurso especial, requestando pela pena-base no mínimo legal e pela substituição por penas alternativas. Nesse ponto, a decisão agravada fundamenta-se nos seguintes termos:

"No tocante à violação aos arts. 59 e 44 do Código Penal, cumpre transcrever os fundamentos da sentença de primeiro grau no tocante à dosimetria:

*'Na primeira fase da fixação da pena atendo-me às diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal. Os acusados, até mesmo o co-réu EDUARDO (que não foi condenado em nenhum dos processos noticiados nos autos, sendo absolvido em alguns e extinta sua punibilidade em outros), são primários e não registram outros antecedentes criminais. A par disso, a **culpabilidade** (Culpabilidade é a responsabilidade que se atribui a uma pessoa por ter cometido uma falta. Qualidade do causado do resultado lesivo. É a reprovabilidade da conduta. Assim, o juiz deve aplicar a pena na proporção de responsabilidade do agente pelo resultado) dos réus é manifesta e não pode passar ao largo na fixação da pena. A **atitude dos quatro réus foi altamente reprovável. Os acusados integrantes do Legislativo Municipal tinham o dever legal e, sobretudo, moral, de zelar pela integridade de seus atos e pela boa gerência do erário. Ao contrário, procurando satisfazer anseios pessoais, levaram a efeito a contratação irregular de profissional, custeado por recursos públicos e ainda sob o pretexto de que a defesa interessava ao Poder Público. O co-réu EDUARDO, então Presidente da Subseção da O.A.B., mais preocupado com o lucro não hesitou em tomar parte em uma contratação sabidamente ilegal, comportamentos que merecem ser tratados com rigor. Já passou da hora da Justiça Criminal, evidentemente que sempre***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escudada na lei, dar respostas ao castigado povo brasileiro que não suporta mais ver seus políticos sistematicamente vilipendiando os cofres públicos sem uma condenação adequada e que sirva, realmente, para estancar novas investidas contra a 'res publica'. Tudo isso demonstra a acentuada culpabilidade dos acusados, depondo contra as funções que exerciam e os anseios populares, fatores relevantes para a fixação da pena. Desse modo, pela reprovabilidade dessas condutas, a pena-base não pode ser arbitrada no mínimo legal, **devendo sofrer ligeiro acréscimo, na ordem de 1/5**, num total de três (03) anos, sete (07) meses e seis (06) dias de detenção.

[...]

Não podem ser contemplados pela substituição da pena corporal por restritivas de direitos por expressa vedação legal, na medida em que as circunstâncias judiciais lhes são francamente desfavoráveis, conforme disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal. Além disso, tal pretensão também **encontra resistência no requisito de ordem subjetiva**, que somente permite a substituição nos casos em que se mostra recomendável do ponto de vista social e que não pode ser considerada no caso 'sub judice'. Conceder aos réus essa benesse soaria a todos, inclusive aos próprios acusados, como verdadeira impunidade. Aos olhos da sociedade os acusados estariam se safando incólumes diante de grave crime praticado e que atingiu o erário.

[...]

Lembre-se aqui que a pena tem caráter preventivo e repressivo e parece-me evidente que a substituição em questão servirá como verdadeiro estímulo para novos desfalques em relação ao patrimônio público.' (fls. 494/497; sem grifo no original.)

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na espécie, conforme se observa da transcrição realizada, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada no acórdão, em razão do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, que, de fato, emprestou à conduta dos Réus especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes aos tipos penais.

Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. No caso, verifica-se que o quantum de aumento em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

07 meses e 06 dias de detenção revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando que a pena abstratamente prevista para esse tipo é de 03 a 05 anos, além da multa. Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador.

Ilustrativamente:

'HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, a . TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REAVALIAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. [...] 2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias inferiores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o habeas corpus para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. 3. [...]' (STF, HC 105802, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012; sem grifo no original.)

'CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. DESACATO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

[...]

VI. A despeito das inconsistências cometidas pelo magistrado na dosimetria em relação à conduta social e à personalidade, verifica-se que a sentença se mostrou devidamente fundamentada em relação à culpabilidade, à motivação e às consequências do crime, sendo essas circunstâncias elementos suficientes para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 3 anos de reclusão.

VII. Ordem denegada.' (HC 238.907/CE, 5.ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 01/08/2012.)

'RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, A CONDUTA, EM TESE, DELITUOSA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada no acórdão recorrido, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

7. A despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito previsto no art. 1.º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, que é de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos.

8. Recurso desprovido.' (REsp 1.182.734/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 13/12/2010.)

Ademais, não merece reparos o acórdão estadual quanto ao pedido de substituição da pena de detenção por sanções alternativas, porque a existência de circunstância judicial negativa, no caso, a culpabilidade, é suficiente para impedir a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Assim, também por esses motivos, o acórdão deve ser mantido ileso." (fls. 1008/1011)

Outrossim, não prospera o pedido de extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, uma vez que completou 70 anos no dia 25 de dezembro de 2012. O Agravante aduz que o lapso prescricional deve ser reduzido em metade, conforme o disposto no art. 115 do Código Penal.

Em que pese os argumentos expendidos pela parte, esta Corte, por ocasião do julgamento do EREsp n.º 749.912/PR, firmou posicionamento no sentido de que o termo "sentença", previsto no mencionado dispositivo, refere-se apenas à primeira decisão condenatória, não sendo possível abranger o acórdão confirmatório, como se observa da seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. IDADE DO RÉU NA DATA DO ACÓRDÃO. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Incabível o recurso de embargos de divergência com base em dissídio com julgados da mesma Turma que proferiu o acórdão embargado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inteligência do artigo 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

2. A redução do prazo prescricional, prevista no artigo 115 do Código Penal, só deve ser aplicada quando o réu atingir 70 anos até primeira decisão condenatória, seja ela sentença ou acórdão.

3. Embargos de Divergência rejeitados." (EREsp 749.912/PR, 3.^a Seção, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 05/05/2010; sem grifos no original.)

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0207336-9

**AgRg nos EDcl no
AREsp 59.683 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5352004 993080161577

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: JOSÉ MARIA LANFREDI
ADVOGADO	: ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO E OUTRO(S)
AGRAVANTE	: EDUARDO PAIVA DE SOUZA LIMA
ADVOGADO	: GEVANY MANOEL DOS SANTOS
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: NORIVAL LOPES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: JOSÉ MARIA LANFREDI
ADVOGADA	: REGINA CIRINO ALVES FERREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.