



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.527 - SP (2018/0227465-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ELISABETH MARIA PEPATO
ADVOGADO : ELISABETH MARIA PEPATO - SP085889
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THOMAZ ÂNGELO ROCITTO NETO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO PELA ADMINISTRAÇÃO OU DO BENEFÍCIO ECONÔMICO AUFERIDO PELO ACUSADO. RÉU QUE COMPLETOU 70 ANOS DEPOIS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 115 DO CP. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos firmados com o poder público e, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da referida lei, trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo para o poder público ou a comprovação de efetivo benefício econômico para o agente, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.

2. Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos. O termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação. Precedentes. Na espécie não se aplica referido dispositivo, visto que o paciente completou 70 anos após o acórdão condenatório.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência são fundamentos adequados e suficientes para justificar a adoção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso.
4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 15 de outubro de 2019

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.527 - SP (2018/0227465-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : ELISABETH MARIA PEPATO

ADVOGADO : ELISABETH MARIA PEPATO - SP085889

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : THOMAZ ÂNGELO ROCITTO NETO (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

THOMAZ ÂNGELO ROCITTO NETO alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** que, ao julgar a Apelação Criminal n. 0006409-07.2002.8.26.0233, manteve a sentença que o condenou por fraude ao caráter competitivo da licitação, mas reduziu a pena imposta para 3 anos de detenção e 14 dias-multa.

Neste *writ*, afirma a defesa que a faixa etária, para efeito de prescrição, deve ser considerada enquanto persistir a relação processual penal. Assim, em sua ótica, a redução prevista no art. 115 do CP deve ser aplicada mesmo que o implemento da idade de 70 anos se dê após o julgamento em primeiro grau ou em apelação, mas antes do trânsito em julgado da condenação.

Em razão disso, sustenta que no caso deve ser observada a redução pela metade do prazo prescricional, uma vez que o paciente completou 70 anos após o julgamento do recurso de apelação, mas antes do trânsito em julgado, de modo que estaria prescrita a pretensão da pretensão punitiva.

Aduz, ainda, que, caso não reconhecida a prescrição, é de ser convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ou fixado o regime aberto para o seu cumprimento, haja vista o *quantum* da pena imposta ao paciente, o qual ficou em patamar abaixo de 4 anos.

Por fim, defende que mesmo não reconhecida nenhuma dessas alegações, há que se absolver o paciente, porquanto "não se verifica o dolo específico ou especial capaz de autorizar e manter a condenação" (fl. 13), uma vez que não foi beneficiado economicamente. Vale dizer, não ficou demonstrada a presença do elemento subjetivo especial (especial fim de agir),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inerente ao tipo previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, se manifestou pela denegação da ordem (fls. 184-189).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.527 - SP (2018/0227465-6) EMENTA

HABEAS CORPUS. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO PELA ADMINISTRAÇÃO OU DO BENEFÍCIO ECONÔMICO AUFERIDO PELO ACUSADO. RÉU QUE COMPLETOU 70 ANOS DEPOIS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 115 DO CP. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos firmados com o poder público e, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da referida lei, trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo para o poder público ou a comprovação de efetivo benefício econômico para o agente, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.

2. Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos. O termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação. Precedentes. Na espécie não se aplica referido dispositivo, visto que o paciente completou 70 anos após o acórdão condenatório.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência são fundamentos adequados e suficientes para justificar a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso.

4. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Síntese da controvérsia

O paciente, acusado por deixar de observar as formalidades legais pertinentes à dispensa ou inexigibilidade de licitação e por fraude ao caráter competitivo do referido certame, foi condenado a pena de 3 anos de detenção, em regime semiaberto, por este último.

Neste habeas corpus, as argumentações da defesa podem ser resumidas em **três tópicos (objetivos)**, de acordo com a ordem de abrangência e o fim pretendido: 1º) **absolvição do paciente em razão da ausência de comprovação do elemento subjetivo especial** consistente na obtenção de benefício econômico decorrente da fraude ao caráter competitivo da licitação; 2º) **incidência do redutor do prazo prescricional previsto no art. 115 do CP**, uma vez que o paciente completou 70 anos antes do trânsito em julgado da condenação; 3º) **possibilidade de fixação do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade** por restritivas de direito.

II. Desnecessidade de demonstração do benefício econômico auferido pelo acusado da prática do delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações

O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8666/1993 é "**a lisura das licitações e dos contratos com a Administração**" (DELMANTO, Roberto et al. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308), notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.

Dito de outra maneira, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, **o do art. 90 não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público**, haja vista que **o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar**, ocasionada com a frustração ou com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fraude no procedimento licitatório ou mesmo, como assinala Nucci, com a própria união de esforços dos concorrentes para que o caráter competitivo da licitação seja eliminado ou que se promova uma ilusória competição por qualquer mecanismo, pouco importando ter existido ajuste ou combinação (*Lei penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 898).

De fato, **a ideia de vinculação de prejuízo à Administração Pública ou de benefício efetivamente auferido pelo acusado, tal como sustenta o recorrente, é irrelevante, na medida em que o crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública** quando, v.g., determinado licitante obtém a informação antecipada do preço apresentado pelos concorrentes e, com a participação de servidor público responsável pela licitação, propõe preço menor e obtém êxito.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

[...]

5. Constitui-se o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. **Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público** (que, aliás, poderá ou não ocorrer). (REsp n. 1.484.415/DF, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 22/2/2016, grifei)

[...]

4. **Basta à caracterização do delito tipificado no artigo 90 da Lei 8.666/93 que o agente frustrar ou fraude o caráter competitivo da licitação, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente**, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame, vantagem essa que pode ser para si ou para outrem.

5. As demais questões, como a prova do dolo subjetivo do acusado, por demandarem exame aprofundado de provas, não pode ser apreciada em Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

6. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 983.730/RS, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 4/5/2009, destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, constitui-se o **elemento subjetivo especial do tipo** (dolo específico) o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Nas palavras de Delmanto, "o dolo, vontade livre e consciente de frustrar ou fraudar acrescido do especial fim de agir, ou seja, para obter, para si ou para terceiro, vantagem (econômica) decorrente da adjudicação (ato de transferência) do objeto da licitação" (DELMANTO, Roberto et al. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308).

Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo – e que diz respeito ao objetivo de obter vantagem com o procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada – com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público (que, aliás, poderá ou não ocorrer) ou o próprio benefício econômico decorrente da contratação, que é mero exaurimento.

III. Incidência da redução do prazo prescricional previsto no art. 115 do CP somente quando foram completados 70 anos de idade antes da sentença condenatória

De início, convém salientar que a incidência da prescrição, na hipótese dos autos, somente ocorrerá em caso de reconhecimento da procedência das alegações do impetrante. Caso contrário, o prazo prescricional, que é de 8 anos (*ex vi* do art. 109, IV, do CP), não haverá transcorrido.

Segundo a orientação desta Corte e do STF, o termo sentença deve ser compreendido como **a primeira decisão condenatória**, ou seja, **a redução deve operar quando o agente completar 70 anos de idade antes da primeira decisão condenatória**, somente. Por oportuno, cito, apenas para ilustrar, precedentes do Supremo Tribunal Federal que se aplicam ao caso:

[...]

Segundo a jurisprudência majoritária da Corte, a regra do art. 115 do Código Penal **somente é aplicada ao agente com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória**.

2. O entendimento jurisprudencial provém da interpretação literal do art. 115 do Código Penal.

3. O acórdão confirmatório da condenação não substitui a sentença para fins de redução do prazo prescricional (v.g. ARE nº 839.680/SC-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

27/9/16).

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE n. 1.033.206 AgR-AgR, Rel. Ministro **Dias Toffoli**, 2ª T., DJe 14/12/2017, grifei)

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de habeas corpus é no sentido da **“inviabilidade de redução do prazo prescricional quando a idade limite é completada na época do acórdão ratificador da condenação fixada pelo juízo de origem”** (HC 117.386, Rel.^a Min.^a Rosa Weber). Precedentes.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE n. 915543 AgR, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, 1ª T., DJe 14/12/2015, destaquei).

Deste STJ, destaco os seguintes arestos proferidos pela Corte Especial:

[...]

A jurisprudência desta Casa se assenta na orientação de que a redução do prazo prescricional à metade, com base no art. 115 do Código Penal, **aplica-se aos réus que atingirem a idade de 70 anos até a primeira condenação, tenha ela se dado na sentença ou no acórdão**, situação que não ocorreu na hipótese" (AgRg nos EDcl no AREsp 491.258/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 26/02/2019). (AgInt no AREsp n. 1.361.717/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 29/3/2019, destaquei).

[...]

A orientação jurisprudencial majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a redução do prazo prescricional estabelecida no art. 115 do Código Penal **apenas beneficia o agente que já tenha 70 anos de idade na data da condenação (e não na data em que o título condenatório se torna imutável** ou é confirmado em grau de recurso). Precedentes

[...]

(EDcl nos EDcl nos EDcl na APn n. 300/ES, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques**, CE, DJe 19/12/2017, grifei)

Na hipótese, como afirma o próprio impetrante, o paciente somente completou 70 anos de idade após o julgamento da apelação que manteve a decisão condenatória. Logo, não há que se falar em redução do prazo prescricional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. Impossibilidade de fixação do regime aberto e da substituição da reprimenda por restritivas de direitos

Extraí-se do acórdão impugnado que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante da existência de **circunstâncias judiciais desfavoráveis**. Não bastasse isso, infere-se que **o réu é reincidente**. Eis os termos do referido aresto (fls. 60-61):

Em primeiro lugar, observa-se ter sido a pena-base fixada em um terço (1/3) acima do piso legal ante as circunstâncias desfavoráveis representadas pelos fatos atrelados a conduta c às consequências do crime.

[...]

Já na segunda fase do cálculo, a reprimenda foi majorada de mais uma oitava (1/8) em face da reincidência, considerada a condenação pretérita e definitiva certificada a fls. 1.912 (vol. .10), no caso não alcançada pelo período depurador a que alude o artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Assim, em relação à almejada modificação do regime inicial para o aberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

No particular, o Tribunal *a quo* se baseou não só nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, mas também na reincidência do paciente, elemento incontroverso dos autos. Se considerada a compreensão pacífica deste Superior Tribunal, consubstanciado no enunciado da Súmula n. 269 do STJ, é possível constatar que o paciente foi até favorecido com o regime semiaberto, uma vez que tal regime somente é possível ao reincidente quando a pena for igual ou inferior a 4 anos e se **favoráveis as circunstâncias judiciais**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Evidentemente que esses mesmos óbices se aplicam e justificam a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

V. Dispositivo

Ante o exposto, **denego a ordem.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0227465-6

HC 467.527 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00064090720028260233 20150000209904 502002 64090720028260233

EM MESA

JULGADO: 15/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUIZ AUGUSTO DOS SANTOS LIMA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ELISABETH MARIA PEPATO
ADVOGADO	: ELISABETH MARIA PEPATO - SP085889
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THOMAZ ÂNGELO ROCITTO NETO (PRESO)
CORRÉU	: SAMIR SAID TALEB MOGHRABI

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.