



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.099 - SC (2017/0150834-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LEONARDO SEBOLD BRANCO E OUTROS
ADVOGADOS : JOAO JOSE MAURICIO D'AVILA - SC004787
ROQUE SILVA MACHADO - SC001293
PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE - SC007494B
MARCO ANDRÉ DUNLEY GOMES - DF001230A
ADVOGADOS : CARLA MARIA DUNLEY SANSEVERINO - DF017565
LEONARDO SEBOLD BRANCO - SC0021679
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SILVANA GORETTI MAFIOLETTI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/93, ART. 90). DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. EXERCÍCIO DE CARGO DE SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, FINANÇAS E ORÇAMENTO. INOCORRÊNCIA DE VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MOTIVOS DE CRIME. FRAUDE A FUTURO CERTAME PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. NÃO CORRESPONDÊNCIA COM O TIPO DO ART. 90 DA LEI 8.666/93. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ANULAÇÃO DO CERTAME E DEVOLUÇÃO DO VALOR DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO. PENA MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA INCABÍVEL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.

4. No caso concreto, o Tribunal *a quo* constatou corretamente a maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade da conduta da ré, pois ela praticou o crime se valendo do cargo público de secretária da administração, finanças e planejamento, cuja função abrange o planejamento do gasto público e o zelo pela regular trâmite dos procedimentos licitatórios. Por certo, segundo narram os autos, a paciente traiu a essência da função pública que lhe foi confiada, o que explicita a maior reprovabilidade do crime, permitindo, pois, o incremento da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade. Entrementes, tal circunstância desfavorável, conquanto existente, somente foi valorada na terceira fase da dosimetria da pena, sob o título da causa de aumento do art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/93. Não há, portanto, falar em *bis in idem*, como apontam os impetrantes.

5. Os motivos do crime são os fatores psíquicos que levaram o agente a praticar a infração penal, o que não se confunde com dolo ou culpa, porquanto estão desvinculados do tipo penal, sendo dinâmicos e mutáveis, haja vista que apenas revelam desejos do agente. Por outro lado, dolo e culpa, alocados no fato típico, são estáticos e vinculados ao tipo penal, de forma que é irrelevante para sua caracterização o móvel da conduta.

6. A Administração Pública municipal pretendia realizar licitação, na modalidade convite, para contratação de sociedade empresária para realização subsequente de concurso público. Nesse contexto, o Tribunal *a quo* constatou que o objetivo da paciente e os demais corréus na conduta de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório era a manipulação dos resultados do concurso público para provimento de cargo público do Município, a fim de que fossem aprovadas e nomeadas para cargos públicos pessoas determinadas, em detrimento dos demais candidatos e da eficiência administrativa. Nesses termos, os motivos do crime não possuem qualquer relação com elementares do tipo penal do art. 90 da Lei n. 8.666/93, sejam objetivas ou subjetivas. O móvel era, pois, a preparação para a execução eventual de fraude em certames para provimento de cargos públicos, em um outro contexto fático, sendo, pois, de rigor a manutenção da circunstância desabonadora em análise, sendo, pois, de rigor a manutenção da circunstância desabonadora em análise.

7. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Constatou-se que as consequências são graves, porquanto a escolha de empresa inidônea conduziu à realização de concurso público viciado, em prejuízo de toda a sociedade. Ao contrário do que alegam os impetrantes, a restituição das taxas de inscrição aos candidatos apenas transferiu o prejuízo dos candidatos à Administração municipal, que arcou com os custos do crime realizado, logo, não é condizente com o mundo dos fatos a alegada neutralização dos prejuízos.

8. Quanto ao pleito e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não merece prosperar a pretensão dos impetrantes, porquanto a paciente possui as circunstâncias judiciais dos motivos e consequências do crime desfavoráveis, nos termos do óbice do art. 44, III, do Código Penal.

9. Tratando-se de processo-crime transitado em julgado, descabe falar em suspensão da execução provisória da pena.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.099 - SC (2017/0150834-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LEONARDO SEBOLD BRANCO E OUTROS
ADVOGADOS : JOAO JOSE MAURICIO D'AVILA - SC004787
ROQUE SILVA MACHADO - SC001293
PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE - SC007494B
MARCO ANDRÉ DUNLEY GOMES - DF001230A
ADVOGADOS : CARLA MARIA DUNLEY SANSEVERINO - DF017565
LEONARDO SEBOLD BRANCO - SC0021679
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SILVANA GORETTI MAFIOLETTI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **SILVANA GORETTI MAFIOLETTI** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que a paciente foi condenada originariamente pelo Tribunal de origem ao cumprimento da pena de 3 anos e 4 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de R\$ 1.437,75 (um mil quatrocentos e trinta e sete reais e setenta e cinco centavos), além da perda do cargo público de secretária da administração, finanças e planejamento, por infração ao disposto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Na oportunidade, foi absolvida da imputação do art. 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSO-CRIME. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATENDIDOS. SOBRESTAMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA ACERCA DOS MESMOS FATOS. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS JUDICIAIS. MATÉRIAS JÁ AFASTADAS NO RECEBIMENTO DA INICIAL.

Não é cabível o sobrestamento da ação penal até o julgamento da ação de improbidade administrativa. Conquanto esta actio tenha sido intentada em virtude dos mesmos fatos, é firme o entendimento de que as instâncias civil, penal e administrativa são independentes.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA TÉCNICA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 184 DO CPP. OITIVA DE TESTEMUNHA. PENDÊNCIA DO RETORNO DA CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO OBSTA O PROSSEGUIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. INCLUSÃO DE TERCEIRO NO POLO PASSIVO. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA DIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.

1 "O lapso temporal fixado para o cumprimento da carta precatória só é estipulado tendo em conta que a instrução não é interrompida em face da sua expedição, sendo certo que, se esgotado o período para a sua devolução, sem que a providência nela determinada tenha sido efetivada, é possível até mesmo que o magistrado profira sentença nos autos, sem que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se cogite de eiva a contaminar o feito" (STJ, Ministro Jorge Mussi, em 8/4/2014).

2 O princípio da obrigatoriedade impõe ao titular da ação o dever de propô-la sempre que estiverem presentes os requisitos necessários para tanto. No entanto, a ação penal pública é regida também pelo princípio da divisibilidade, e não indivisibilidade.

INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RITO ESPECIAL DA LEI N. 8.038/90 ADOTADO. PREJUÍZO NÃO EXISTENTE. MATÉRIA NÃO ALEGADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.

"[...] Ocorrido o interrogatório no início da instrução processual, tal como preconiza o art. 7º da Lei nº 8.038/90, sem qualquer insurgência ou pedido de reinquirição, e havendo decisão condenatória, a matéria encontra-se preclusa, inexistindo qualquer ofensa à Lei nº 11.719/08". (STJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 24/4/2014).

FRAUDE EM LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI N. 8.666/93. PREFEITO QUE, COM A COLABORAÇÃO DE SERVIDORES E EMPRESÁRIOS, FRUSTRA O CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ESCOLHA DIRECIONADA DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO VICIADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ELEMENTO SUBJETIVO EVIDENTE. ADESÃO DO ASSESSOR JURÍDICO EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

1 O art. 90 da Lei n. 8.666/93 protege, além do Erário, vários valores: moralidade, tratamento igualitário, otimização dos recursos públicos, etc. Afora isso, predomina o entendimento de que se trata "de delito formal, pois a consumação se dá no ato de ser promovida a fraude ou frustração da competição, independentemente da obtenção da vantagem para si ou para outrem" (Luiz Flávio Gomes, 2010).

2 A imunidade no exercício da profissão de advogado, de que trata o art. 2º, § 3º, do Estatuto da Advocacia, em homenagem ao art. 133 da Constituição Federal, não é irrestrita, tampouco se compadece com a concorrência para infrações penais.

DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/67. OCORRÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DEVIDA. DOSIMETRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAJORAÇÃO DEVIDA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENESSE INCABÍVEL PARA QUATRO RÉUS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. REGIME SEMIABERTO PARA QUATRO ACUSADOS. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ATENÇÃO À SÚMULA 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERDA DO MANDATO ELETIVO E DE CARGOS PÚBLICOS. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE, IMPOSIÇÃO PARA ALGUNS ACUSADOS.

1 O Chefe do Poder Executivo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal diante de dispositivo análogo (STF, Inq n. 2.606/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. em 4/9/2014), insere-se na hipótese do art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/93, de modo a tornar devido o reconhecimento da majorante.

2 A despeito do quantum da pena, a análise desfavorável das circunstâncias judiciais pode obstar a substituição da sanção corporal por medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos e a concessão do sursis, bem como tornar impositiva a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor dos arts. 33, § 3º, 44, I e III, e 77, todos do Código Penal e da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal.

PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE" (e-STJ, fls. 18-20).

Inconformados, os impetrantes sustentam neste *writ*, em síntese, que o acórdão "padece de GRAVES ILEGALIDADES COMETIDAS NO CAPÍTULO DA DOSIMETRIA DA PENA, na medida em que a majoração da pena-base acima do mínimo legal (de 2 anos para 2 anos e 8 meses), acrescida da causa especial de aumento prevista no Artigo 84, § 2º, da Lei n.8.666/1993 (1/3, por ser titular de Mandato Eletivo, totalizando 4 anos, 5 meses e 10 dias de detenção, sem direito à conversão autorizada pelo Artigo 44 do CP), revelou-se, a um só tempo, desproporcional, contaminada pelo vedado *bis in idem* e carente de fundamentação jurídica concreta para o reconhecimento da presença de 3 (três) circunstâncias judiciais do Artigo 59 do CP - 'culpabilidade acentuada', 'motivo aviltante' e 'graves consequências do crime' -, todas genericamente descritas e/ou inerentes ao tipo penal versado na espécie" (e-STJ, fl. 6).

Alerta que a "circunstância (CULPABILIDADE) foi considerada pela Egrégia Terceira Câmara Criminal do Tribunal Catarinense para majoração da pena base aplicada, em 1/3 (um terço), em face do que prescreve o art. 84, § 2º, da Lei 8.666/93, - "a pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público", o que evidencia que a mesma circunstância fora valorada por duas vezes, para majoração daquela mesma pena" (e-STJ, fl. 10).

Alega que "o motivo é inerente ao tipo penal do delito ao qual fora condenada a Paciente (art. 90 da Lei 8.666/93), não se justificando, portanto, aplicação dessa circunstância para majorar a pena base. O benefício se confunde com o tipo penal, consistente com a vantagem" (e-STJ, fl. 11).

Aduz que a valoração das consequências do crime não corresponde à realidade, 'porque, antes do ajuizamento de qualquer Ação de natureza cível ou criminal por parte do MP/SC, o Prefeito à época, "considerando as suspeitas da existência de possíveis irregularidades ocorridas no Concurso Público n. 001/2010, apontadas pelo Ministério Público no Inquérito Civil n. 06.2010.001172-4", decidiu, ANULAR o referido Certame através do Decreto n. 1.030/2010, tornando sem efeito o resultado publicado em 30.03.2010 e determinando a restituição, a todos os candidatos inscritos, dos valores corrigidos das respectivas taxas de inscrição ou a sua compensação com a taxa de inscrição do concurso vingueiro. Portanto, NENHUMA CONSEQUÊNCIA GRAVE ou prejuízo houve ao Município e aos candidatos que se submeteram ao concurso' (e-STJ, fl. 11).

Por fim, argumenta que "acolhida a tese de SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE DETENÇÃO POR MEDIDA RESTRITIVAS DE DIREITOS, a Paciente deverá ser beneficiada com a suspensão da execução da Pena Provisória" (e-STJ, fl. 15).

Ao final, requer a concessão da ordem, para que seja aplicada a pena-base no mínimo legal e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para que haja a suspensão da execução da pena provisória.

Requerimento de tutela provisória indeferido (e-STJ, fls. 65-67).

Pedido de reconsideração não acolhido (e-STJ, fl. 148-149).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fl. 343).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.099 - SC (2017/0150834-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LEONARDO SEBOLD BRANCO E OUTROS
ADVOGADOS : JOAO JOSE MAURICIO D'AVILA - SC004787
ROQUE SILVA MACHADO - SC001293
PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE - SC007494B
MARCO ANDRÉ DUNLEY GOMES - DF001230A
ADVOGADOS : CARLA MARIA DUNLEY SANSEVERINO - DF017565
LEONARDO SEBOLD BRANCO - SC0021679
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SILVANA GORETTI MAFIOLETTI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/93, ART. 90). DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. EXERCÍCIO DE CARGO DE SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, FINANÇAS E ORÇAMENTO. INOCORRÊNCIA DE VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MOTIVOS DE CRIME. FRAUDE A FUTURO CERTAME PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. NÃO CORRESPONDÊNCIA COM O TIPO DO ART. 90 DA LEI 8.666/93. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ANULAÇÃO DO CERTAME E DEVOLUÇÃO DO VALOR DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO. PENA MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA INCABÍVEL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.

4. No caso concreto, o Tribunal *a quo* constatou corretamente a maior reprovabilidade da conduta da ré, pois ela praticou o crime se valendo do cargo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

público de secretária da administração, finanças e planejamento, cuja função abrange o planejamento do gasto público e o zelo pela regular trâmite dos procedimentos licitatórios. Por certo, segundo narram os autos, a paciente traiu a essência da função pública que lhe foi confiada, o que explicita a maior reprovabilidade do crime, permitindo, pois, o incremento da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade. Entrementes, tal circunstância desfavorável, conquanto existente, somente foi valorada na terceira fase da dosimetria da pena, sob o título da causa de aumento do art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/93. Não há, portanto, falar em *bis in idem*, como apontam os impetrantes.

5. Os motivos do crime são os fatores psíquicos que levaram o agente a praticar a infração penal, o que não se confunde com dolo ou culpa, porquanto estão desvinculados do tipo penal, sendo dinâmicos e mutáveis, haja vista que apenas revelam desejos do agente. Por outro lado, dolo e culpa, alocados no fato típico, são estáticos e vinculados ao tipo penal, de forma que é irrelevante para sua caracterização o móvel da conduta.

6. A Administração Pública municipal pretendia realizar licitação, na modalidade convite, para contratação de sociedade empresária para realização subsequente de concurso público. Nesse contexto, o Tribunal *a quo* constatou que o objetivo da paciente e os demais corréus na conduta de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório era a manipulação dos resultados do concurso público para provimento de cargo público do Município, a fim de que fossem aprovadas e nomeadas para cargos públicos pessoas determinadas, em detrimento dos demais candidatos e da eficiência administrativa. Nesses termos, os motivos do crime não possuem qualquer relação com elementares do tipo penal do art. 90 da Lei n. 8.666/93, sejam objetivas ou subjetivas. O móvel era, pois, a preparação para a execução eventual de fraude em certames para provimento de cargos públicos, em um outro contexto fático, sendo, pois, de rigor a manutenção da circunstância desabonadora em análise, sendo, pois, de rigor a manutenção da circunstância desabonadora em análise.

7. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Constatou-se que as consequências são graves, porquanto a escolha de empresa inidônea conduziu à realização de concurso público viciado, em prejuízo de toda a sociedade. Ao contrário do que alegam os impetrantes, a restituição das taxas de inscrição aos candidatos apenas transferiu o prejuízo dos candidatos à Administração municipal, que arcou com os custos do crime realizado, logo, não é condizente com o mundo dos fatos a alegada neutralização dos prejuízos.

8. Quanto ao pleito e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não merece prosperar a pretensão dos impetrantes, porquanto a paciente possui as circunstâncias judiciais dos motivos e consequências do crime desfavoráveis, nos termos do óbice do art. 44, III, do Código Penal.

9. Tratando-se de processo-crime transitado em julgado, descabe falar em suspensão da execução provisória da pena.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para analisar os capítulos impugnados, relativos à dosimetria da pena-base, especificamente, os vetores culpabilidade, motivos e consequências do crime, e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário expor excerto do acórdão impugnado:

"4. Promove-se a fixação das reprimendas.

[...]

b) Silvana Gorette Maffioletti. A culpabilidade, entendida como grau de reprovabilidade da conduta, é acentuada, mas será sopesada na última etapa da dosimetria. A ré, para o cometimento da infração penal, aproveitou-se do cargo público de secretária da administração, finanças e planejamento, prejudicando o interesse público que lhe foi confiado.

Não há notícia sobre a existência de antecedentes criminais.

Inexistem informações suficientes acerca da conduta social e da personalidade da acusada.

O motivo do delito é grave e aviltante. Além de beneficiar a empresa contratada, pretendia a ré e seus consortes a produção de concurso público direcionado, a fim de que fossem aprovadas e nomeadas para cargos públicos pessoas pré-determinadas, não se preocupando com o direito dos demais candidatos e com a eficiência dos serviços prestados à/pela Administração Pública.

As circunstâncias do crime não extrapolam a normalidade.

As consequências são graves, porquanto a escolha de empresa inidônea conduziu à realização de concurso público viciado, em prejuízo de toda a sociedade (munícipes e candidatos).

O comportamento da vítima – Administração Pública – em nada concorreu para a ocorrência do ilícito.

Assim, diante da análise negativa das circunstâncias judiciais (motivo e consequências do crime), fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes.

Na última etapa, considerando que a acusada se insere na hipótese do art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/93 – "a pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público" –, conforme mencionado anteriormente, majora-se a sanção em 1/3 (um terço), a fim de torná-la definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Com fundamento no art. 99 da Lei n. 8.666/93, tendo em vista o montante da contratação frustrada – R\$ 28.755,00 (vinte e oito mil, setecentos e cinquenta e cinco reais) (fls. 262/266) –, fixa-se a pena de multa em 5% (cinco por cento) da vantagem potencialmente auferível, equivalente a R\$ 1.437,75 (mil, quatrocentos e trinta e sete reais e setenta e cinco centavos), atualizada monetariamente desde a formalização do contrato impugnado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revertida à Fazenda Pública municipal.

A análise desfavorável das circunstâncias judiciais (culpabilidade – cujo aumento foi sopesado na fase derradeira –, motivo e consequências do crime) obsta a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos e, associada ao seu quantum, a concessão do sursis (art. 44, III, e 77, ambos do Código Penal). Esses elementos impõem, também, a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do referido Código e da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal.

Estão satisfeitos os requisitos legais, bem como é necessária a perda do cargo público.

A pena corporal imposta é superior a 1 (um) ano e inferior a 4 (quatro) anos, e o delito foi perpetrado com flagrante abuso de poder e violação de dever para com a Administração Pública, existindo manifesto liame entre o comportamento proscrito e exercício do cargo de secretária da administração, finanças e planejamento. A perda do cargo público mostra-se devidamente proporcional à gravidade concreta da infração penal, já explorada quando da avaliação das operadores do art. 59 do Código Penal.

Sendo assim, a teor dos arts. 83 da Lei de Licitações e 92, I, "a", do Código Penal, determina-se a perda do cargo público de secretária da administração, finanças e planejamento do município de Macieira." (e-STJ, fls. 44-48)

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.

No caso concreto, o Tribunal *a quo* constatou corretamente a maior reprovabilidade da conduta da ré, pois ela praticou o crime se valendo do cargo público de secretária da administração, finanças e planejamento, cuja função abrange o planejamento do gasto público e o zelo pela regular trâmite dos procedimentos licitatórios. Por certo, segundo narram os autos, a paciente traiu a essência da função pública que lhe foi confiada, o que explicita a maior reprovabilidade do crime, permitindo, pois, o incremento da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade. Entrementes, tal circunstância desfavorável, conquanto existente, somente foi valorada na terceira fase da dosimetria da pena, sob o título da causa de aumento do art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/93. Não há, portanto, falar em *bis in idem*, como apontam os impetrantes.

Por sua vez, os motivos do crime são os fatores psíquicos que levaram o agente a praticar a infração penal, o que não se confunde com dolo ou culpa, porquanto estão desvinculados do tipo penal, sendo dinâmicos e mutáveis, haja vista que apenas revelam desejos do agente. Por outro lado, dolo e culpa, alocados no fato típico, são estáticos e vinculados ao tipo penal, de forma que é irrelevante para sua caracterização o móvel da conduta.

Em concreto, a Administração Pública municipal pretendia realizar licitação, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modalidade convite, para contratação de sociedade empresária para realização subsequente de concurso público. Nesse contexto, o Tribunal *a quo* constatou que o objetivo da paciente e os demais corréus na conduta de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório era a manipulação dos resultados do concurso público para provimento de cargo público do Município, a fim de que fossem aprovadas e nomeadas para cargos públicos pessoas determinadas, em detrimento dos demais candidatos e da eficiência administrativa. Nesses termos, os motivos do crime não possuem qualquer relação com elementares do tipo penal do art. 90 da Lei n. 8.666/93, sejam objetivas ou subjetivas. O móvel era, pois, a preparação para a execução eventual de fraude em certames para provimento de cargos públicos, em um outro contexto fático, sendo, pois, de rigor a manutenção da circunstância desabonadora em análise, sendo, pois, de rigor a manutenção da circunstância desabonadora em análise.

Por fim, as consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Constatou-se que as consequências são graves, porquanto a escolha de empresa inidônea conduziu à realização de concurso público viciado, em prejuízo de toda a sociedade. Ao contrário do que alegam os impetrantes, a restituição das taxas de inscrição aos candidatos apenas transferiu o prejuízo dos candidatos à Administração municipal, que arcou com os custos do crime realizado, logo, não é condizente com o mundo dos fatos a alegada neutralização dos prejuízos.

Em consonância com o decidido pelo Tribunal *a quo*, remanescem, portanto, duas circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria: motivos e consequências do crime. Estabelecido o consagrado parâmetro ideal de aumento de $\frac{1}{8}$ para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime do art. 90 da Lei 8.666/93 (2 anos), resultaria no acréscimo de 6 meses à pena mínima cominada pelo tipo penal. Por conseguinte, fixa-se a pena-base em 2 anos e 6 meses de detenção, nos exatos termos do *quantum* dosado pelo Tribunal de origem. Ademais, deve igualmente ser mantido o aumento de $\frac{1}{3}$, relativo ao art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/93, haja vista a não valoração dessa circunstância na primeira fase da dosimetria, para confirmar a pena definitiva de 3 anos e 4 meses de detenção.

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não merece prosperar a pretensão dos impetrantes, porquanto a paciente possui as circunstâncias judiciais dos motivos e consequências do crime desfavoráveis, nos termos do óbice do art. 44, III, do Código Penal.

Por fim, tratando-se de processo-crime transitado em julgado, descabe falar em suspensão da execução provisória da pena.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0150834-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 405.099 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120483304 92120497320128240000

EM MESA

JULGADO: 23/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LEONARDO SEBOLD BRANCO E OUTROS
ADVOGADOS	: JOAO JOSE MAURICIO D'AVILA - SC004787 ROQUE SILVA MACHADO - SC001293 PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE - SC007494B MARCO ANDRÉ DUNLEY GOMES - DF001230A
ADVOGADOS	: CARLA MARIA DUNLEY SANSEVERINO - DF017565 LEONARDO SEBOLD BRANCO - SC0021679
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: SILVANA GORETTI MAFIOLETTI
CORRÉU	: SANDRA LEITE DELL'OSBEL
CORRÉU	: IVANDRE BOCALON
CORRÉU	: EMERSON ZANELLA
CORRÉU	: ROSEANE BERTOTTO
CORRÉU	: JANETE TEREZINHA ZANELLA CAMUZZATO
CORRÉU	: EMERSON DELL'OSBEL

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.