



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1978082 - RS (2021/0404271-7)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

AGRAVANTE : DANUBIA TIMM DE OLIVEIRA

ADVOGADOS : DIONÍSIO MORILLOS - RS011302
DANIEL DURANTE - RS064768
MOISÉS DURANTE - RS083522

AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE BERTOLLO

ADVOGADOS : GABRIEL PAULI FADEL - RS007889
EDUARDO MAROZO ORTIGARA - RS036475
GABRIEL MONTE FADEL - RS043764
DARLAN DALAVALÉ - RS107873

AGRAVANTE : DIEGO BRITO

ADVOGADOS : VALTER AUGUSTO KAMINSKI - RS046554
MARCOS MASSIERO KAMINSKI - RS084869

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES. : MARCELO D AGOSTINI

INTERES. : LAURA BACCHI

ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733

EMENTA

PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS ESPECIAIS E NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. VOTO-VISTA.

1. AGRAVO REGIMENTAL DE LUIZ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE NA HIPÓTESE DESSE ILÍCITO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO E REPRODUZIDOS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1.1. Na hipótese, não há falar em negativa de prestação jurisdicional ou nulidade do acórdão proferido pelo Colegiado de origem, por violação ao

artigo 619 do Código de Processo Penal, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de embargos de declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

1.2. O acórdão recorrido está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que o delito de fraude à licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993) é formal, bastando para se consumar a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário (HC n. 341.341/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/10/2018).

1.3. Ademais, a tese relativa à ausência de descrição de dolo específico se relaciona diretamente com o mérito da acusação, demandando, para sua análise, revolvimento fático-probatório, providência sabidamente incabível em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

1.4. Esta Corte Superior de Justiça considera inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial (art. 155 do CPP), contudo, tal situação não se verifica no caso, uma vez que as instâncias ordinárias se apoiaram, também, em elementos de prova devidamente reproduzidos em juízo.

2. AGRAVO REGIMENTAL DE DIEGO. NULIDADE. INTERROGATÓRIO DO RÉU ANTES DA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PEJUÍZO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. FRAUDE À LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE. CONDUTAS DIVERSAS E DELITOS DISTINTOS E AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. PRETENÇÃO DE REDUÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FUSÃO DAS PENAS. RECLUSÃO E DETENÇÃO. SANÇÕES DE MESMA ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

2.1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Tema Repetitivo 1114, firmou a orientação no sentido de que: "Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo." (REsp n. 1.933.759/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023).

2.2. Não prospera a alegada afronta ao que dispõe o art. 619 do CPP, pois o acórdão recorrido enfrentou a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis a sua resolução, não padecendo, portanto, de vícios que autorizariam a nulidade do acórdão proferido em sede de embargos de declaração na origem

2.3. A inversão do julgado, com vistas à absolvição do ora agravante, exigiria aprofundado reexame fático-probatório, expediente vedado nesta seara recursal, conforme se extrai do óbice da Súmula n. 7/STJ.

2.4. Com efeito: "O delito de fraude à licitação não é meio necessário ou fase preparatória ou de execução do delito de desvio de verbas públicas, na medida em que aquele é delito formal e se consuma independentemente da obtenção de vantagem ou da anulação do procedimento licitatório" (AgRg no HC 448.057/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018).

2.5. As circunstâncias judiciais encontram-se devidamente fundamentadas, não se podendo extrair dos argumentos deduzidos pelo eg. Tribunal de origem, a ocorrência de eventual *bis in idem*, e, tampouco, a adoção de circunstâncias inerentes ao tipo penal para exasperação da pena-base.

2.6. No presente caso, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal *a quo* e reduzir a fração da pena de multa ao mínimo legal, demandaria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

2.7. O Tribunal de origem está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que é assente no sentido de que, de acordo com o art. 111 da Lei de Execução Penal, as penas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, tendo em vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie.

3. AGRADO REGIMENTAL DE DANÚBIA. INTEMPESTIVIDADE DO AGRADO REGIMENTAL. PRAZO RECURSAL DE 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. AGRADO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

3.1. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 (cinco) dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei n. 8.038/1990, 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e 798, *caput* e § 3º, do Código de Processo Penal.

3.2. No caso, a decisão agravada foi publicada em **20/05/2022** (fl. 3.476). O decurso do prazo legal teve início em **23/05/2022** (segunda-feira), pela contagem normal o prazo expiraria no dia **27/05/2022** (sexta-feira), porém a petição de interposição do agravo regimental só veio a ser recebida neste Tribunal em **06/06/2022** (fl. 3.549/3.559), fora, portanto, do prazo legal, como certificado à fl. 3.560.

4. Agravos regimentais desprovidos e o último agravo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Relator negando provimento aos agravos regimentais de Luiz Henrique Bertollo e de Diego Brito e não conhecendo do agravo regimental de Danubia Timm de Oliveira, por unanimidade, negar provimento ao agravos regimentais de fls. 3.478/3.488 e 3.490/3.538 e não conhecer do agravo regimental de fls. 3.549/3.559, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Senhor Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJSP).

Brasília, 07 de agosto de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1978082 - RS (2021/0404271-7)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

AGRAVANTE : DANUBIA TIMM DE OLIVEIRA

ADVOGADOS : DIONÍSIO MORILLOS - RS011302
DANIEL DURANTE - RS064768
MOISÉS DURANTE - RS083522

AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE BERTOLLO

ADVOGADOS : GABRIEL PAULI FADEL - RS007889
EDUARDO MAROZO ORTIGARA - RS036475
GABRIEL MONTE FADEL - RS043764
DARLAN DALAVALÉ - RS107873

AGRAVANTE : DIEGO BRITO

ADVOGADOS : VALTER AUGUSTO KAMINSKI - RS046554
MARCOS MASSIERO KAMINSKI - RS084869

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES. : MARCELO D AGOSTINI

INTERES. : LAURA BACCHI

ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733

EMENTA

PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS ESPECIAIS E NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. VOTO-VISTA.

1. AGRAVO REGIMENTAL DE LUIZ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE NA HIPÓTESE DESSE ILÍCITO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO E REPRODUZIDOS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1.1. Na hipótese, não há falar em negativa de prestação jurisdicional ou nulidade do acórdão proferido pelo Colegiado de origem, por violação ao

artigo 619 do Código de Processo Penal, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de embargos de declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

1.2. O acórdão recorrido está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que o delito de fraude à licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993) é formal, bastando para se consumar a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário (HC n. 341.341/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/10/2018).

1.3. Ademais, a tese relativa à ausência de descrição de dolo específico se relaciona diretamente com o mérito da acusação, demandando, para sua análise, revolvimento fático-probatório, providência sabidamente incabível em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

1.4. Esta Corte Superior de Justiça considera inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial (art. 155 do CPP), contudo, tal situação não se verifica no caso, uma vez que as instâncias ordinárias se apoiaram, também, em elementos de prova devidamente reproduzidos em juízo.

2. AGRAVO REGIMENTAL DE DIEGO. NULIDADE. INTERROGATÓRIO DO RÉU ANTES DA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PEJUÍZO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. FRAUDE À LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE. CONDUTAS DIVERSAS E DELITOS DISTINTOS E AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. PRETENÇÃO DE REDUÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FUSÃO DAS PENAS. RECLUSÃO E DETENÇÃO. SANÇÕES DE MESMA ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

2.1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Tema Repetitivo 1114, firmou a orientação no sentido de que: "Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo." (REsp n. 1.933.759/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023).

2.2. Não prospera a alegada afronta ao que dispõe o art. 619 do CPP, pois o acórdão recorrido enfrentou a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis a sua resolução, não padecendo, portanto, de vícios que autorizariam a nulidade do acórdão proferido em sede de embargos de declaração na origem

2.3. A inversão do julgado, com vistas à absolvição do ora agravante, exigiria aprofundado reexame fático-probatório, expediente vedado nesta seara recursal, conforme se extrai do óbice da Súmula n. 7/STJ.

2.4. Com efeito: "O delito de fraude à licitação não é meio necessário ou fase preparatória ou de execução do delito de desvio de verbas públicas, na medida em que aquele é delito formal e se consuma independentemente da obtenção de vantagem ou da anulação do procedimento licitatório" (AgRg no HC 448.057/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018).

2.5. As circunstâncias judiciais encontram-se devidamente fundamentadas, não se podendo extrair dos argumentos deduzidos pelo eg. Tribunal de origem, a ocorrência de eventual *bis in idem*, e, tampouco, a adoção de circunstâncias inerentes ao tipo penal para exasperação da pena-base.

2.6. No presente caso, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal *a quo* e reduzir a fração da pena de multa ao mínimo legal, demandaria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

2.7. O Tribunal de origem está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que é assente no sentido de que, de acordo com o art. 111 da Lei de Execução Penal, as penas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, tendo em vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie.

3. AGRADO REGIMENTAL DE DANÚBIA. INTEMPESTIVIDADE DO AGRADO REGIMENTAL. PRAZO RECURSAL DE 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. AGRADO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

3.1. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 (cinco) dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei n. 8.038/1990, 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e 798, *caput* e § 3º, do Código de Processo Penal.

3.2. No caso, a decisão agravada foi publicada em **20/05/2022** (fl. 3.476). O decurso do prazo legal teve início em **23/05/2022** (segunda-feira), pela contagem normal o prazo expiraria no dia **27/05/2022** (sexta-feira), porém a petição de interposição do agravo regimental só veio a ser recebida neste Tribunal em **06/06/2022** (fl. 3.549/3.559), fora, portanto, do prazo legal, como certificado à fl. 3.560.

4. Agravos regimentais desprovidos e o último agravo não conhecido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravos regimentais interpostos por **LUIZ HENRIQUE BERTOLLO, DIEGO BRITO** e **DANUBIA TIMM DE OLIVEIRA**, contra decisão monocrática de fls. 3.448/3.475.

Consta dos autos que, entre outros, o agravante **Luiz** foi condenado pela prática do crime capitulado no artigo 90 da Lei 8.666/1990 c/c o artigo 61, inciso II, alínea "b", do CP, na forma do artigo 29 do CP, às penas de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de privação de liberdade, no regime prisional aberto, mais 150 (cento e cinquenta) dias-multa; o agravante **Diego** foi condenado pela prática dos delitos previstos no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, e no artigo 90 da Lei 8.666/1990 c/c o artigo 61, inciso II, alínea "b", do CP, ambos na forma dos artigos 29 e 69 do CP, às penas de 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no regime inicial fechado e a agravante **Danúbia** foi condenada nas sanções do artigo 90 da Lei 8.666/1990 c/c o artigo 61, inciso II, alíneas "h" e "g", do CP, na forma do artigo 29 do CP, às penas de 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 17 (dezessete) dias de privação de liberdade, no regime aberto, mais 190 (cento e noventa) dias-multa (fls. 2.177/2.251).

Em segunda instância, o Tribunal local, entre outros, deu parcial provimento aos recursos para reduzir as reprimendas de *a)* Luiz para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, no regime aberto, e 40 (quarenta) dias-multa, substituída por restritivas de direitos; *b)* Diego para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, além de 40 (quarenta) dias-multa, à serem cumpridas em regime inicial semiaberto e *c)* Danúbia para 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção, no regime aberto, mais 40 (quarenta) dias-multa, substituída por restritivas de direitos. Transcrevo a ementa do acórdão objurgado (fl. 2.975):

"APELAÇÃO-CRIME. FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE COMPETITIVIDADE.

Prévio ajuste e simulação entre Prefeito, funcionários responsáveis pela comissão de licitação e concorrente para fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório com intuito de obter para empresa específica vantagem decorrente da adjudicação dos serviços licitados. Condenações mantidas. Penas alteradas.

ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. Desvio de renda pública. Prefeito municipal que emite ordem de pagamento para serviço

prestado indevidamente. Concorrência do particular que, mesmo ciente da ilegalidade, recebe o valor. Condenações mantidas. Penas alteradas. Apelos parcialmente providos. Unânime."

Opostos embargos de declaração (fls. 3.050/3.058, 3.060/3.067 e 3.070/3.082), aqueles foram acolhidos em parte, tão somente para aclarar a decisão no tocante ao *quantum* de pena para o delito de fraude à licitação em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção na dosimetria da pena de Diego (fls. 3.096-3.101), os demais foram rejeitados, à unanimidade dos votos (fls. 3.104/3.109 e 3.111/3.115).

No recurso especial interposto por **Luiz Henrique Bertollo**, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal (fls. 3.123/3.166), a Defesa apontou violação aos seguintes dispositivos legais: **a)** artigo 619 do CPP, tendo em vista que o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca da ofensa ao art. 90 da Lei nº 8.666/93, em relação à presença de dolo específico, o qual representa elemento normativo do tipo; **b)** artigo 90 da Lei n. 8.666/93, por inexistência de conduta dolosa; **c)** artigo 59 do Código Penal, porquanto a vetorial das circunstâncias do crime foi negativamente por fundamento inidôneo e **d)** artigo 155 do Código de Processo Penal, por ausência de elemento probatório apto a amparar a condenação.

No apelo nobre interposto por **Diego Brito**, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal (fls. 3.260/3.296), a parte sustentou violação aos seguintes dispositivos de lei federal: **a)** artigo 619 do CPP, em relação às teses de ausência de prejuízo ao erário, porquanto a empresa realizou a contraprestação do serviço de terraplanagem pago pelo município, mesmo tratando-se de contratação irregular; **b)** artigos 400 e 564, III, "e", ambos do CPP, porquanto o interrogatório do agravante foi realizado antes da oitiva de testemunhas por carta precatória, acarretando manifesto prejuízo à defesa, devendo o ato ser declarado nulo; **c)** artigo 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, uma vez que não ocorreu prejuízo financeiro ao erário, elemento normativo de respectivo tipo penal; **d)** artigos 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 e 90 da Lei nº 8.666/93, por se tratar de crime único, pela aplicação do princípio da consunção entre os delitos de fraude à licitação e apropriação de rendas públicas, tendo em vista que a própria acusação afirma na denúncia que a fraude à licitação foi o meio utilizado para o desvio de verbas públicas; **e)** artigo 59 do Código Penal, em virtude de inidoneidade na fundamentação para desfavorecer os vetores judiciais das circunstâncias e da culpabilidade, no tocante ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal e quanto à inidoneidade na fundamentação para desfavorecer os vetores judiciais

dos motivos, circunstâncias, consequências e culpabilidade, no que diz respeito ao crime tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93; **f)** artigo 49 do CP, ao argumento de que a pena de multa deve ser modificada para o mínimo legal, tanto a quantidade de dias-multa quanto o valor do salário mínimo, por não haver fundamentação específica para exacerbação acima do mínimo legal e **g)** artigos 33, 69 e 76, todos do Código Penal, ao entender que é incabível a fusão das penas de reclusão e de detenção, em razão da natureza jurídica e dos modos de execução distintos.

No recurso especial interposto por **Danúbia Timm de Oliveira**, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal (fls. 3.298/3.313), a agravante alegou negativa de vigência aos seguintes dispositivos legais: **a)** artigos 41 do CPP, 90 da Lei nº 8.666/93, 29, § 1º, 59, 65, II e III, "c", e 68 do Código Penal, por inépcia da denúncia, argumentando que, além de não descrever de forma satisfatória a conduta tendente a desviar a verba pública, não indica a presença do elemento constitutivo do tipo penal, caracterizado pelo dolo específico de desviar, configurando-se como genérica; **b)** artigo 90 da Lei nº 8.666/93, porquanto o dolo específico não restou demonstrado; **c)** artigo 29, § 1º, do Código Penal, uma vez que as próprias circunstâncias do caso exigem o reconhecimento de que sua eventual participação foi de menor importância; **d)** 59, 65, II e III, "c", e 68 do Código Penal, por ausência de fundamentação quando da fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 3.327/3.333, 3.335/3.340 e 3.342/3.347), foram os recursos de Diego e Danúbia admitidos e o do Luiz inadmitido na origem, em razão da incidência dos óbices das Súmulas 7 e 83, ambas do STJ (fl. 3.352/3.380).

O Ministério Público Federal se manifestou, entre outros, pelo desprovimento do agravo em recurso especial de Luiz, pelo conhecimento parcial e, na extensão, pelo desprovimento do apelo nobre de Diego e pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso especial de Danúbia (fls. 3.440/3.446).

Esta Corte Superior, na decisão monocrática de fls. 3.448/3.475, entre outros, conheceu em parte dos apelos nobres de Diego Brito e Danúbia Timm de Oliveira e, na extensão, negou-lhes provimento, bem como negou provimento ao agravo em recurso especial de Luiz Henrique Bertollo.

Daí os presentes agravos regimentais (fls. 3.478/3.488, 3.490/3.538 e 3.549/3.559), em que as defesas reiteram as razões dos recursos anteriores, requerendo a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da matéria ao colegiado.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 3.572/3.577, 3.578/3.582 e 3.594/3.599) e o Ministério Público Federal (fls. 3.607/3.512) opinaram pelo desprovimento dos agravos regimentais.

Na sessão de julgamento realizada no dia 05/09/2023, após as sustentações orais, pedi vista antecipada, para melhor analisar os autos, pois, verifiquei que o agravante Marcelo D Agostini não consta no relatório e também para reanalisar as questões relativas à insurgência do artigo 619 do CPP e à dosimetria da pena.

Às fls. 3.633/6.635, o advogado, Dr. Gabriel Pauli Fadel - OAB/RS 7889, informa a ocorrência de equívoco no preenchimento do formulário para sustentação oral e que a sustentação oral foi realizada somente em defesa do réu Luiz Henrique Bertollo.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos das partes agravantes, **a decisão agravada deve ser mantida.**

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas nesta via recursal, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão monocrática (fls. 3.448/3.475). Ao contrário, os argumentos ali externados merecem ser ratificados por este Colegiado Julgador.

Agravo regimental interposto por Luiz (fls. 3.478/3.488) - PET 00443419/2022:

O agravante aponta, em resumo, que as razões recursais se referem exclusivamente à matéria de direito, devendo ser afastado o óbice da Súmula 7/STJ.

Aduz negativa de prestação jurisdicional por omissão dos acórdão recorridos ao deixarem de se manifestar a respeito da "(...) **ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DE COMPREENSÃO, pelo mesmo TRIBUNAL DE JUSTIÇA, - ora fundadamente afastando a ocorrência do dolo** (acórdão proferido na apelação da ACP); **— ora, sem fundamentação o dizente ocorrido, neste recurso hostilizado.**" (fl. 3.483).

Sustenta que "(...) não há comprovação de dolo específico deste recorrente, que somente apresentou medições de determinadas áreas, como lhe fora solicitada, sem ter qualquer participação ou conhecimento da licitação." (fl. 3.482).

Alega que "(...) a condenação está aparada exclusivamente em prova colhida no inquérito policial." (fl. 3.484). Pleiteia, pois, a absolvição.

Ademais, pondera que "(...) o acórdão estabelece circunstâncias e elementos do próprio tipo penal, como figura de agravamento da pena, o que sabe-se inaplicável, na esteira de vigência do artigo 59 do CP." (fl. 3.486).

Pois bem. Não prospera a alegada afronta ao que dispõe o **art. 619 do CPP**, pois o v. acórdão vergastado enfrentou a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à resolução da controvérsia, não padecendo de vícios. Nesse particular, reproduzo o seguinte trecho lançado no acórdão recorrido (fls. 3.023/3.032, destaquei):

"Os elementos probatórios não deixam dúvidas de que o acusado Marcelo, na condição de prefeito municipal, contratou sem prévio empenho orçamentário, de forma direta e verbal, a empresa BRILE CONSTRUÇÕES, por intermédio do réu Diego, sócio majoritário e administrador, tendo em vista que a outra sócia era sua genitora, para a realização dos serviços de terraplanagem em terreno destinado à construção de uma escola municipal.

[...]

O réu Diego, ciente da ilegalidade do recebimento pelo serviço de terraplanagem, apresentou orçamento e recebeu valores, concorrendo para o desvio das verbas públicas, auferindo crédito a que não fazia jus. O réu MARCELO, por sua vez, desviou em proveito alheio verbas públicas, recebendo, pagando e empenhando despesas que não correspondiam à realidade.

Os valores pagos a maior pela Administração revelam o dano causado e resultam em prejuízo aos cofres públicos. Outrossim, ao contrário do que alega a defesa de Diego, desimporta se o valor recebido tenha sido diferente do apontado pela acusação, na medida em que independentemente da quantia resta configurado o prejuízo ao erário, com o desvio e apropriação dessa verba. Tampouco há falar em ausência de prejuízo em razão de o valor de cento e vinte mil reais ser a contraprestação dos serviços de terraplanagem realizados pela empresa BRILE, porquanto indevida a prestação do serviço bem como o pagamento sem qualquer formalidade legal, inerentes ao dispêndio de verbas públicas.

Quanto ao delito de fraude à licitação, ao contrário do que alegam as defesas, há elementos suficientes para juízo condenatório.

Com efeito, o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 consiste em frustrar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Trata-se de crime formal que não exige para a sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, que são o efetivo prejuízo para a Administração Pública e a obtenção de vantagem para o particular.

Os elementos de prova, revelam que havia conluio entre os acusados para fraudar o processo licitatório e que não havia nenhum escrúpulo no sentido de tentar encobrir seus interesses. A comissão de licitação formada pelo acusado Marcelo era de fachada, pois quem realmente dirigia os certames era a acusada Laura, sua esposa, e a corré Danúbia, cargo em comissão, não havendo notícias nos autos sobre demais membros da comissão.

Ademais, conforme depoimento de Milton Behrend, após o acusado Marcelo ter solicitado ao setor contábil do município empenho para pagamento à empresa BRILE, o que foi recusado diante da ausência de qualquer contratação legítima sobre o serviço de terraplanagem, ficou decidido que seria feito procedimento licitatório para finalização da

obra.

Outrossim, entenderam que os valores referentes aos serviços já prestados, em torno de 50% da obra, deveriam ser cobrados pela empresa, por via judicial.

Contudo, mesmo assim, o objeto da licitação levada a efeito pelo município dizia respeito a 100% do serviço de terraplanagem. Dessa forma, por via diversa, a empresa BRILE, única concorrente, receberia também pelo serviço anterior indevidamente prestado.

Com efeito, a comissão de licitação do governo municipal, chefiado pelo réu Marcelo, não cumpriu as normativas legais no que diz com a natureza da licitação, em serviços desta espécie. O pregão presencial, conforme Lei 10.520/02, é modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, e não técnicos, como no caso em tela, na medida em que a terraplanagem engloba conhecimentos específicos, maquinário apropriado e agentes capacitados para tanto, incluídos nos serviços de construção civil, regulados pela Lei 3.555/00.

Ademais, o edital é genérico e desprovido dos mínimos protocolos de regularidade, tais como data, assinaturas, especificação do objeto licitado, mencionando somente a contratação de empresa para escavação, remoção e transporte de terra.

[...]

No tocante à participação de Luiz Henrique, importante frisar que em seu parecer técnico sobre qual objeto seria licitado, incluiu parte da terraplanagem que já havia sido efetivada pela empresa BRILE. Ou seja, **agiu com objetivo de dar aparência de legalidade ao certame e com isso fazer com que a empresa do réu Diego recebesse valores indevidos.**

Assim, **resta evidente o dolo com que obraram os apelantes ao fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório.** Frisa-se que o delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações é formal.

[...]

Desta forma, comprovado o cometimento do delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, pelos apelantes Marcelo, Danúbia, Laura, Diego e Luiz Henrique, e do delito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/7, pelos apelantes Marcelo e Diego, impositivas as condenações, como bem postas.

Verifico que pretende o agravante cotejar os argumentos de sua irresignação, com os fatos então aventados nos acórdãos guerreados, na busca de tentar, de modo global, demonstrar violação aos dispositivos narrados.

Na hipótese, não há falar em negativa de prestação jurisdicional ou nulidade do acórdão proferido pelo Colegiado de origem, por violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de embargos de declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Dessa forma, há de ser aplicada a reiterada jurisprudência deste col. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os embargos de declaração não se prestam à veiculação de mero inconformismo com os fundamentos de decidir.

Nesse sentido:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do comando normativo insculpido no art. 619 do Código de Processo Penal, o recurso integrativo tem como escopo corrigir omissões, obscuridades, contradições ou ambiguidades eventualmente existentes no provimento judicial.

2. A intenção de rediscutir questões que já foram objeto do devido exame e decisão no acórdão embargado, porque representa mera contrariedade com a conclusão da lide, é incabível na via dos embargos de declaração.

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg no AREsp n. 2.095.902/AC, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 5/3/2024).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E DE TRIBUTOS. ART. 337-A, I, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, DA LEI N. 8.137/1990. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DOSIMETRIA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação dos arts. 619 e 620 do CPP, consistente em omissão, quando as instâncias de origem refutam todas as teses arguídas pelas partes. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região trouxe, com base nas provas produzidas, fundamentos que demonstram o dolo e a impossibilidade de se aceitar a tese de inexigibilidade de conduta diversa. O alegado cerceamento de defesa foi afastado no julgamento da apelação criminal, nos termos da jurisprudência desta Corte.

[...]

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp n. 1.716.999/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 22/6/2021).

Conforme demonstrado na decisão agravada, em relação ao argumento do que não há **comprovação de dolo específico**, é inviável ir de encontro à conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias – "resta evidente o dolo com que obraram os apelantes ao fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório" (fl. 3.030) –, tendo em vista que demandaria o revolvimento probatório das provas colhidas, procedimento esse que, como se sabe, encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7/STJ.

Com efeito: "A Corte de origem, após ampla análise do conteúdo probatório, inclusive produzida em juízo, decidiu pela comprovação da autoria, do dolo e da materialidade de manipulação do processo licitatório mediante conluio, desvio das verbas públicas e antecipações de pagamento sem a devida contraprestação do serviço de reforma nas escolas. O acolhimento da pretensão recursal demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado em sede de recurso especial. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ." (AgRg no AREsp n. 2.099.645/BA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023).

Ademais, acerca do delito de fraude à licitação, consignou o TJRS, com razão, que tal ilícito é crime formal, não se exigindo, a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, que são o efetivo prejuízo para a Administração Pública e a obtenção de vantagem para o particular, sendo desnecessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário.

A propósito:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO E PECULATO. ATIPICIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. DESNECESSIDADE NA HIPÓTESE DESSE ILÍCITO PENAL. CRIME DE PECULATO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo e absolvê-la da imputação pelos crimes de fraude à licitação e peculato, como pretende a agravante, demandaria, necessariamente, o revolvimento, no presente recurso, do material fáticoprobatório dos autos, providência inviável nesta instância.

II - No tocante à desnecessidade de demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e do dano, o acórdão recorrido está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que o delito de fraude à licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993) é formal, bastando para se consumir a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário (HC n. 341.341/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/10/2018).

III - Ademais, a tese relativa à ausência de descrição de dolo específico se relaciona diretamente com o mérito da acusação,

demandando, para sua análise, revolvimento fático-probatório, providência sabidamente incabível em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1952718/MS, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021, grifei).

No que tange à alegação de que **a condenação está amparada exclusivamente em prova colhida no inquérito policial**, destituída do contraditório e da ampla defesa, acarretando violação ao art. 155 do CPP, transcrevo, por oportuno, os seguintes fundamentos do acórdão proferido em sede de embargos de declaração (fls. 3.307/3.308):

"Ao contrário do alegado, o modus operandi descrito na exordial restou esclarecido durante a fase instrutória, sendo apontado na sentença o agir de cada acusado para o sucesso da empreitada delitiva.

No que diz com a participação do embargante, segue trecho da sentença, ressaltado no acórdão recorrido: Aqui, se contextualiza o diálogo entre LUIZ HENRIQUE e seu funcionário. Veja-se que LUIZ HENRIQUE menciona a necessidade de enviar um boletim de medição para Sertão a fim de dá-lo como "contrapartida" a pagamento de R\$ 120.000,00 a DIEGO BRITO, tendo em vista que o "juiz" bloqueou os bens e determinou a devolução do dinheiro. LUIZ HENRIQUE ainda comenta que DIEGO BRITO não dispõe da quantia, pois pagou os funcionários (fls. 11-11v e 918v).

Outrossim, ainda no acórdão, é explicitada a concorrência do embargante para o delito:

LUIZ HENRIQUE BERTOLLO participou de forma determinante do conluio, pois forneceu o parecer técnico que conferiu aparente legalidade à licitação, consciente que não havia sido contratado para tal e que os dados ali constantes não correspondiam à realidade, haja vista o andamento dos trabalhos, consoante por ele mesmo apontado no boletim de medição da fl. 30 e no parecer de fls. 26-29.

No tocante à participação de Luiz Henrique, importante frisar que em seu parecer técnico sobre qual objeto seria licitado, incluiu parte da terraplanagem que já havia sido efetivada pela empresa BRILE. Ou seja, agiu com objetivo de dar aparência de legalidade ao certame e com isso fazer com que a empresa do réu Diego recebesse valores indevidos.

Assim, resta evidente o dolo com que obraram os apelantes ao fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório."

Esta Corte Superior de Justiça considera inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial (art. 155 do CPP), contudo, tal situação não se verifica no caso, uma vez que as instâncias ordinárias se apoiaram, também, em elementos de prova devidamente reproduzidos em juízo.

No ponto, não obstante as considerações aventadas em sede recursal, a

aferição das teses de defesa quanto aos fatos que subsidiaram a condenação, em meio ao restrito âmbito de cognição dos recursos extremos, demanda, inevitavelmente o revolvimento fático-probatório, inviável em função do óbice previsto na Súmula 07 desse Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. CONDENAÇÃO. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO E REPRODUZIDOS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. In casu, verifica-se que a condenação baseou-se em elementos de informação colhidos no curso do inquérito, consistente em prova testemunhal, que foi devidamente reproduzida em juízo, não havendo se falar em nulidade da sentença.

2. Alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e decidir pela absolvição do agravante demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

[...]

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 1.773.536/AM, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 17/8/2021).

Em relação à **dosimetria da pena**, a Defesa pretende a revisão da pena aplicada pelas instâncias ordinárias, sob a argumentação de serem inidôneas as fundamentações utilizadas para valorar negativamente às circunstâncias judiciais.

Para melhor delimitar a questão, reproduzo trecho do v. acórdão de apelação quanto à apontada violação ao artigo 59 do CP (fls. 3.040/3.041, grifei):

"LUIZ HENRIQUE BERTOLLO

Art. 90 da Lei 8.666/90 - A pena-base foi afastada em 01 ano, 01 mês e 10 dias do mínimo legal, examinados os operadores do art. 59 do Código Penal, como na sentença, considerado negativamente os **motivos** (para assegurar a prática do outro crime (artigo 61, inciso II, alínea "b", do CP), o que será considerado nesta fase para todos os réus, em vista do princípio da isonomia), as **circunstâncias** (devem ser sopesadas de forma negativa, uma vez que **houve o exaurimento do delito com a vitória da empresa beneficiada com a fraude**), as **consequências** (também devem ser consideradas em prejuízo aos réus, tendo vista que **as ilegalidades praticadas, que culminaram no delito em questão, geraram a paralisação da obra da Escola João Antônio de Col, causando enorme prejuízo à comunidade sertanense**) e a **culpabilidade** (deve ser reconhecida como acentuada, em vista da **premeditação na orquestração do crime pelas partes, persistindo com a execução do crime mesmo após a advertência de diversos servidores das irregularidades que estavam sendo praticadas**, o que demonstra a despreocupação com a persecução penal e administrativa).

As considerações negativas dos vetores merecem mantidas, vez que corretamente fundamentados na sentença recorrida. Entretanto, o **aumento de 03 meses e 10 dias para cada vetor mostra-se exacerbado. Assim, altero para 02 meses para cada circunstância negativa, restando a pena-base em 02 anos e 08 meses.**

Ausentes demais causas modificadoras, resta definitiva a pena em 02 anos e 08 meses de detenção, em regime aberto.

A pena de multa fixada em 150 dias-multa, à razão de meio salário mínimo, mostra-se exacerbada diante da análise do art. 59 do Código Penal. Assim, reduzo-a para 40 dias-multa, à razão de 1/20 do salário mínimo vigente à época do fato.

Com efeito, o réu não é reincidente, a pena é inferior a 04 anos e o delito não foi cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Assim, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, **substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, ambas a serem designadas no juízo da execução."

No caso destes autos, a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da apreciação negativa dos motivos, da culpabilidade, das consequências e das circunstâncias do crime.

Os **motivos**, entendidos como as razões subjetivas que impulsionaram o agente no cometimento do crime, foram, neste caso negativamente apreciados em face de assegurar a prática do outro crime. Este vetor está devidamente fundamentado e justifica a exasperação da sanção.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CONDOTA SOCIAL. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Estando a dosimetria da pena inserida dentro do juízo de discricionariedade motivada do Julgador, somente é devida a revisão do cálculo penal pelo Superior Tribunal de Justiça quando verificada inequívoca inobservância ao dever de fundamentação, aos parâmetros legais ou flagrante

violação ao princípio da proporcionalidade. Precedente.

2. No caso, foi adequado o aumento basilar pela conduta social, pois foram indicados fatos concretos no sentido de que o Agente contribuía diretamente com a manutenção e funcionamento de uma organização criminosa de alta periculosidade, circunstância reveladora de seu comportamento desregrado no meio social em que vive. Precedente.

3. Do mesmo modo ocorreu com os motivos do crime, os quais transbordaram àqueles inerentes aos tipos penais. De fato, no que se refere ao crime de organização criminosa, ressaltou-se que o intuito era a prática de crimes gravíssimos, como roubos e tráfico de drogas. Quanto aos delitos de roubo, que eram subtraídos veículos com a finalidade de praticar outras infrações. No que tange à infração de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, a vontade era dirigida para ocultar o bem e depois utilizá-lo no cometimento de outros crimes. E, por fim, em relação à receptação, que eram recebidos veículos objetos da infração de roubo a fim de fazer o transporte de drogas e armas.

4. Depreende-se, ainda, que inexistiu a alegada violação ao princípio do non bis in idem, tendo em vista que foram utilizados argumentos diversos para a elevação da pena no tocante aos dois vetores mencionados.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 820.748/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 21/8/2023.)

No mesmo contexto, a análise das **circunstâncias do crime** envolve a verificação da intensidade da lesão causada pela conduta, se anormal, além do que ordinariamente prevê o próprio tipo penal, essa circunstância judicial deve ser valorada negativamente, caso contrário, não pode lastrear a majoração da pena-base.

Na espécie, para a exasperação da pena-base, no tocante às circunstâncias do crime, a eg. Corte de origem utilizou-se de elementos concretos dos fatos, tendo em vista que o *modus operandi* do delito ultrapassou o previsto no tipo penal, destacando, para tanto, que houve o exaurimento do delito com a vitória da empresa beneficiada com a fraude.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA NEGATIVAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CONTINUIDADE DELITIVA. OITO INCIDÊNCIAS PELOS DIVERSOS RÉUS. MAJORAÇÃO JUSTIFICADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO NOS MOLDES

REGIMENTAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, circunstâncias e consequências do delito foram consideradas negativas com fundamento em elementos concretos e desbordantes do tipo penal pelo qual os recorrentes foram condenados, como a posição de destaque que os réus possuíam no local, a complexidade do esquema montado para as práticas delitivas, e as sucessivas prorrogações da contratação da empresa fantasma criadas pelos réus.

[..]

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 2.004.415/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023).

As **consequências do crime** se relacionam ao abalo social da conduta delituosa, bem como à extensão e à repercussão de seus efeitos. Muito embora a maioria das condutas delitivas já tragam no bojo do seu preceito primário a consequência da prática da infração (resultado naturalístico do crime), consistente na lesão jurídica causada à vítima ou à coletividade, a circunstância judicial relativa às consequências procura mensurar o alcance de tal repercussão, que se projeta para além do fato delituoso.

No caso, subsiste o desfavorecimento das consequências do crime, em razão de que a prática do delito ocasionou a paralisação da obra de uma escola.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ASSESSOR PARLAMENTAR. CORRUPÇÃO PASSIVA. CASO DOS SANGUESSUGAS. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (II) DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO DA SANÇÃO BÁSICA. INEXISTÊNCIA.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Na espécie, o crime foi cometido para o favorecimento de organização criminosa que utilizava ilicitamente recursos do Fundo Nacional de Saúde, atuando o sentenciado, na condição de assessor parlamentar, diretamente na negociação e aprovação de emenda parlamentar em benefício do grupo, situação que evidencia menosprezo especial ao bem jurídico tutelado pela norma, espelhando maior desvalor do comportamento do agente. É evidente que uma conduta delituosa potencialmente causadora de irreparáveis prejuízos aos recursos destinados à saúde, voltada a ampliar a atuação e o sucesso das condutas criminosas perpetradas pela associação,

apresenta-se mais repreensível e superior à comum do delito. Desse modo, é adequada a fundamentação apresentada na origem para considerar desfavorável a circunstância judicial da culpabilidade. Precedentes.

3. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça manteve a consideração desfavorável as consequências do crime, porquanto a conduta do paciente lesou demasiadamente a sociedade brasileira, tendo em vista que a vantagem indevida recebida por ele e pelos demais membros da organização criminoso foi obtida mediante fraude a licitações que tinham por objeto a aquisição de unidades móveis de saúde com verbas do Ministério da Saúde. Destacou, outrossim, que o comportamento do sentenciado contribuiu para o sucesso da operação comandada por outros agentes públicos, fomentando a continuidade das empreitadas criminosas. Com efeito, a gravidade das consequências do delito, evidenciada pelos prejuízos causados e pelas aquisições que deixaram de ser executadas em benefício da saúde da população, extrapola o resultado inerente ao tipo incriminador. Precedentes.

4. O legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado. Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

5. Na espécie, o magistrado, respeitando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade bem como os pormenores da situação em desfile, aumentou cada reprimenda em 1 (um) ano acima do mínimo legal - 6 (seis) meses para cada circunstância judicial desfavorável. Sendo assim, sobretudo por se tratar de delito praticado em prejuízo da saúde da população, obstando a oportuna e necessária aquisição de unidades móveis de saúde, não há teratologia no cálculo da reprimenda.

6. Habeas corpus denegado." (HC n. 392.863/MT, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe de 9/10/2017).

Vale sublinhar que a **culpabilidade** do agente só pode ser considerada circunstância judicial desfavorável quando houver algum elemento concreto que evidencie um grau de reprovabilidade que extrapole o da própria conduta tipificada.

No presente caso, ficou evidenciado como o delito teria extrapolado a elementar do tipo penal, uma vez que a premeditação na orquestração do crime, persistindo com a execução do crime mesmo após a advertência de diversos servidores das irregularidades que estavam sendo praticadas, o que demonstrou a despreocupação com a persecução penal e administrativa.

Dessa forma, no que tange o elemento culpabilidade do agente, "para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito." (HC 556.481/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 12/02/2020).

Logo, as circunstâncias judiciais encontram-se devidamente fundamentadas, não se podendo extrair dos argumentos deduzidos pelo c. Tribunal de origem, a ocorrência de eventual *bis in idem*, e, tampouco, a adoção de circunstâncias inerentes ao tipo penal para exasperação da pena-base.

Agravo regimental interposto por Diego (fls. 3.490/3.538) - PET n. 00444707/2022:

Em suas razões, a Defesa refuta a incidência dos óbices das Súmulas 7 e 83, ambas do STJ.

Pretende a declaração de **nulidade** por ocorrência de violação aos artigos 400 e 564, III, "e" do CPP, em razão do interrogatório do ora agravante ter sido realizado antes da oitiva de testemunhas, mesmo existindo oposição no momento oportuno.

No ponto, buscou demonstrar que: "(...) a carta precatória não foi cumprida no prazo pelas testemunhas de defesa não terem sido localizadas, que relataram situações incontroversas e que não foram utilizadas com exclusividade para fundamentação da condenação, pois, os depoimentos foram utilizados na sentença condenatória mesmo sendo colhidos após o interrogatório, revelando-se prejuízo a defesa justamente pela privação do réu do acesso à informação, já que se manifestou antes da produção de provas, bem como, refletiu diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva das testemunhas." (fl. 3.509).

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Tema Repetitivo 1114, firmou a orientação de que: "Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à

demonstração do efetivo prejuízo." (REsp n. 1.933.759/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023).

Referente à alegada violação aos arts. 400 e 564, III, "e", do CPP, a Corte de origem asseverou (fls. 3.003/3.005, destaquei):

"Quanto à alegação de nulidade do interrogatório de Diego, por ter ocorrido antes da oitiva de testemunhas por carta precatória, igualmente sem razão a defesa. Como já exposto nos autos, **o interrogatório do apelante ocorreu em observância ao princípio da cooperação e da concentração dos atos**. Outrossim, a carta precatória foi expedida com o prazo de 30 dia (distribuída na comarca deprecada em 05.06.2017), sendo que a audiência para interrogatório ocorreu em 25.10.2017 (fl. 1562).

Frise-se que em 17.10.2017, na comarca deprecada, restou prejudicada a oitiva de Oli Carlos e Marcelo, indicados pelo apelante Diego, em razão da não localização das testemunhas nos endereços apontados nos autos. Por fim, a oitiva das testemunhas somente foi realizada em 15.05.2018, após a oficiala de justiça intimá-las por telefone, visto que novamente não foram localizadas nos endereços indicados pelo réu Diego. De salientar que o informante Oli Carlos Brito é pai do apelante Diego. O que gera mais estranheza na dificuldade de sua localização nos endereços apontados pela defesa. Desta forma, nítido o **caráter protelatório, em desrespeito à celeridade processual**.

[...]

Ainda que citados os depoimentos de Oli Carlos e Marcelo Janesco na sentença, não são eles exclusivamente apontados como motivação do decisor, **não configurando o prejuízo alegado pela defesa**. Ademais, relatam fatos sobre os quais não recai qualquer controvérsia."

Na hipótese dos autos, o interrogatório foi realizado antes da oitiva de duas das testemunhas de defesa por meio de carta precatória. Todavia, a defesa não demonstrou a ocorrência de efetivo prejuízo ao réu, o que torna inviável o reconhecimento da nulidade alegada.

Com efeito: "Não se constata nenhuma ilegalidade no art. 400 do CPP, ou ofensa ao mesmo dispositivo, pelo fato de o recorrente haver sido inquirido antes do retorno das cartas precatórias expedidas para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, cujo prazo de cumprimento já se encontrava expirado, uma vez que os §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP disciplinam que, na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o feito prosseguirá, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo-se à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado." (AgRg no AgRg no AREsp 1520256/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 28/10/2019).

Noutro ponto, o agravante pondera que, "(...) ou se compreende que há

omissão no acórdão da apelação existindo desrespeito ao artigo 619, do CPP, ao não terem sido apreciadas teses defensivas passíveis de infirmar a conclusão que houve valores pagos a mais pelo serviço de terraplanagem (sem especificar quais são os valores a mais e de onde provém), ou a condenação está fundamentada na contratação ter sido ilegítima e que o dano é a própria contratação irregular, sendo uma questão jurídica de **afronta ao artigo 1º, I, Decreto-Lei 201/1967**, pois, é elemento normativo do tipo o prejuízo financeiro: “apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”, devendo o réu ser absolvido." (fls. 3.494/3.495).

Sobre a suposta omissão no julgado em relação às teses de ausência de prejuízo ao erário, porquanto a empresa, ainda que se tratando de contratação irregular, realizou a contraprestação do serviço de terraplanagem pago pelo município, o Tribunal *a quo* assim se manifestou no acórdão apelatório (fl. 3.026, grifei):

"O réu Diego, ciente da ilegalidade do recebimento pelo serviço de terraplanagem, apresentou orçamento e recebeu valores, concorrendo para o desvio das verbas públicas, auferindo crédito a que não fazia jus. O réu MARCELO, por sua vez, desviou em proveito alheio verbas públicas, recebendo, pagando e empenhando despesas que não correspondiam à realidade.

Os valores pagos a maior pela Administração revelam o **dano causado e resultam em prejuízo aos cofres públicos**. Outrossim, ao contrário do que alega a defesa de Diego, desimporta se o valor recebido tenha sido diferente do apontado pela acusação, na medida em que independentemente da quantia **resta configurado o prejuízo ao erário**, com o desvio e apropriação dessa verba. Tampouco há falar em ausência de prejuízo em razão de o valor de cento e vinte mil reais ser a contraprestação dos serviços de terraplanagem realizados pela empresa BRILE, porquanto **indevida a prestação do serviço** bem como o pagamento sem qualquer formalidade legal, inerentes ao dispêndio de verbas públicas"

Da análise do trecho acima, constata-se que a Corte de origem se manifestou no sentido de que o valores pagos revelam o dano causado e resultam em prejuízo ao erário, com o desvio e apropriação da verba pública.

Dessa forma, não prospera a alegada afronta ao que dispõe o art. 619 do CPP, pois o acórdão recorrido enfrentou a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis a sua resolução, não padecendo, portanto, de vícios que autorizariam a nulidade do acórdão proferido em sede de embargos de declaração na origem.

Nessa linha: "Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, é cabível a oposição de embargos de declaração quando houver no julgado ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, o que não se verifica no caso." (EDcl no AgRg no AREsp n. 2.251.133/MG, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em

4/3/2024, DJe de 6/3/2024).

Outrossim, restou comprovado, detalhadamente, o elemento subjetivo do tipo, bem como o efetivo dano às contas municipais.

Assim, a inversão do julgado, com vistas à absolvição do ora agravante, exigiria aprofundado reexame fático-probatório, expediente vedado nesta seara recursal, conforme se extrai do óbice da Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. FRAUDE EM LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBA PÚBLICA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

Reconhecida a materialidade e a autoria do delito, a pretensão de ser absolvido em recurso especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

[...]

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp n. 1.123.893/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 29/11/2017).

No que tange à alegada violação ao artigo 1º, I, Decreto-Lei 201/67 e 90, Lei 8.666/93, a Defesa afirma que simples fato do STJ entender que a fraude à licitação não é o meio necessário ou fase preparatória ou de execução do delito de desvio de verbas públicas não é o suficiente para afastar a aplicação do **princípio da consunção** no caso concreto.

Pretende, pois, a aplicação do "(...) princípio da consunção entre os delitos de apropriação de rendas públicas e fraude à licitação, absolvendo o réu Diego do crime de fraude à licitação (a própria denúncia descreve os crimes conjuntamente e afirma que o desvio de renda pública ocorreu através do empenho do Pregão Presencial 72/2014)." (fl. 3.521).

Em relação à aplicação do princípio da consunção entre os delitos de fraude à licitação e apropriação de rendas públicas, extraiu-se dos autos que o Tribunal *a quo* considerou que (fl. 3.031):

"Por fim, não há falar em reconhecimento do princípio da consunção, como alegado pela defesa de Diego. No desvio de verbas públicas o valor foi ilegalmente pago ao acusado, enquanto no segundo delito, a fraude à licitação ocorreu posteriormente, o que legitimou o

pagamento de quantias diversas da apontada no primeiro delito, em evidente concurso material de crimes.

Com efeito, tratam-se de condutas sem relação de meio e fim, mas praticadas em momentos e finalidades distintas."

Tal entendimento está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, pois "[o] delito de fraude à licitação não é meio necessário ou fase preparatória ou de execução do delito de desvio de verbas públicas, na medida em que aquele é delito formal e se consuma independentemente da obtenção de vantagem ou da anulação do procedimento licitatório" (AgRg no HC 448.057/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018).

No mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITA MUNICIPAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. NULIDADE POR NÃO REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO APÓS A ALTERAÇÃO DO NOVO CPP. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. NÃO IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. BIS IN IDEM. SÚMULA 211/STJ. CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBA PÚBLICA. SUBSUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DO FATO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. IMPROVIMENTO.

[...]

3. Não há subsunção entre os crimes de fraude à licitação e desvio de verba pública, cujos bens jurídicos tutelados são notoriamente distintos, sendo que aquele não é meio necessário para este. Precedentes desta Corte.

[...]

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp n. 621.601/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe de 5/4/2018).

Quanto à **dosimetria da pena**, a Defesa aponta fundamentação inidônea e ocorrência do vedado *bis in idem* pela manutenção do "desfavorecimento dos vetores judiciais das circunstâncias e da culpabilidade, referente a condenação pelo crime de "desvio de rendas públicas" [...] dos motivos, das circunstâncias, das consequências e da culpabilidade, referente a condenação pelo crime de "fraude à licitação". (fl. 3.524 e 3.529).

Sobre o tema, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 3.035/3.037, grifei):

"DIEGO BRITO

Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67 - A pena-base foi afastada em 04 anos e 03 meses do mínimo legal, examinados os operadores do art. 59 do Código Penal, como na sentença, considerada negativamente as circunstâncias (devem ser sopesadas de forma negativa, tendo em vista que pressupôs **contratação administrativa irregular e tentativa de modificação contratual contrária à lei, ao ato convocatório da licitação e ao instrumento contratual, o que, inclusive, de acordo com o artigo 92 da Lei 8.666/93, pode caracterizar crime autônomo**), as consequências (também devem ser consideradas em prejuízo aos réus, tendo vista que **as ilegalidades praticadas, que culminaram no delito em questão, geraram a paralisação da obra da Escola João Antônio de Gol**, causando enorme prejuízo à comunidade sertanense) e a culpabilidade (deve ser reconhecida como acentuadíssima, pois o prejuízo ao erário se perfectibilizou quando a situação estava judicializada e sob a investigação o Ministério Público, **persistindo com a execução do crime mesmo após a advertência do setor contábil**).

Em relação às consequências, no que diz com o delito de desvio de verbas públicas, não foi este o gerador da paralisação das obras da escola, mas sim a prática de fraude à licitação. Os demais vetores considerados negativamente merecem mantidos, vez que corretamente fundamentados na sentença recorrida. Entretanto, o aumento de 01 ano e 05 meses para cada vetor mostra-se exacerbado. Assim, altero para 04 meses para cada circunstância negativa, restando a pena-base em 02 anos e 08 meses.

Ausente demais causas modificadoras, resta definitiva a pena em 02 anos e 08 meses de reclusão.

Art. 90 da Lei 8.666/90 - A pena-base foi afastada em 01 ano, 01 mês e 10 dias do mínimo legal, examinados os operadores do art. 59 do Código Penal, como na sentença, considerado negativamente os motivos (para **assegurar a prática do outro crime** (artigo 61, inciso alínea "b", do CP), o que será considerado nesta fase para todos os réus, em vista do princípio da isonomia), as circunstâncias (devem ser sopesadas de forma negativa, uma vez que **houve o exaurimento do delito com a vitória da empresa beneficiada com a fraude**), as consequências (também devem ser consideradas em prejuízo aos réus, tendo vista que **as ilegalidades praticadas, que culminaram no delito em questão, geraram a paralisação da obra da Escola João Antônio de Col**, causando enorme prejuízo à comunidade sertanense) e a culpabilidade (deve ser reconhecida como acentuada, em vista da premeditação na orquestração do crime pelas partes, **persistindo com a execução do crime mesmo após a advertência de diversos servidores das irregularidades que estavam sendo praticadas**, o que demonstra a despreocupação com a persecução penal e administrativa).

As considerações negativas dos vetores merecem mantidas, vez que corretamente fundamentados na sentença recorrida. Entretanto, o aumento de 03 meses e 10 dias para cada vetor mostra-se exacerbado. Assim, altero para 02 meses para cada circunstância negativa, restando a pena-base em 02 anos e 08 meses.

Ausentes demais causas modificadoras, resta definitiva a pena em 02 anos e 08 meses de detenção."

No caso destes autos, a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da apreciação negativa das **circunstâncias** do crime e da **culpabilidade** do agente no delito de desvio de verbas públicas e da valoração desfavorável dos **motivos**, das **circunstâncias**, das **consequências** e da **culpabilidade** em relação ao crime de fraude à licitação.

O crime previsto no art. 1º, I, §1º, do Decreto-Lei nº 201/67 (desvio de verbas públicas) é punido com pena de 2 a 12 anos de reclusão.

A análise das **circunstâncias** do crime envolve a verificação da intensidade da lesão causada pela conduta, se anormal, além do que ordinariamente prevê o próprio tipo penal, essa circunstância judicial deve ser valorada negativamente.

Na espécie, para a exasperação da pena-base por valoração negativa das circunstâncias do crime, a eg. Corte de origem utilizou-se de elementos concretos dos fatos, tendo em vista que, no tocante ao delito de desvio de verbas públicas, a contratação administrativa irregular e a tentativa de modificação contratual contrária à lei, ao ato convocatório da licitação e ao instrumento contratual, poderia caracterizar crime autônomo, uma vez que, como acima exposto, presente o dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, extrapolando-se o tipo penal em apreço.

Com efeito: "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para a configuração do delito tipificado no art. 92 da Lei n. 8.666/1993, deve-se demonstrar, ao menos em tese, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública (AgRg no AREsp n. 1.265.657/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 20/5/2019). Precedentes." (AgRg no REsp n. 1.883.931/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020).

Ressalto que a **culpabilidade** do agente só pode ser considerada circunstância judicial desfavorável quando houver algum elemento concreto que evidencie um grau de reprovabilidade que extrapole o da própria conduta tipificada.

Na espécie, a culpabilidade, de igual modo, foi acentuada, porquanto, mesmo após a situação encontrar-se judicializada e sob a investigação do Ministério Público local, os agravantes persistiram na sua execução, "mesmo após a advertência do setor contábil".

Dessa forma, no que tange o elemento culpabilidade do agente, "para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito" (HC 556.481/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 12/02/2020).

No mesmo sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO JULGADA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSÃO. AGRAVOS MANEJADOS. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DA AGENTE. ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

[...]

4. Na dosimetria da pena-base, as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade e às consequências do crime foram consideradas em demérito diante de fundamentação idônea, declinando a instância ordinária elementos retirados da própria conduta delitiva, que denotou maior ousadia no proceder da agente, ultrapassando o habitual do crime em comento.

5. Ordem denegada." (HC n. 398.351/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 13/6/2017).

O crime prescrito no art. 90 da Lei nº 8.666/90 (fraude à licitação) é punido com pena de 2 a 4 anos de detenção e multa.

Os **motivos**, entendidos como as razões subjetivas que impulsionaram o agente no cometimento do crime, foram, neste caso, negativamente apreciados em face de assegurar a prática do outro crime – desvio de verbas públicas –, aplicando-se a agravante contida no art. 61, II, "b", do CP. Este vetor também está devidamente fundamentado e justifica a exasperação da sanção.

Ilustrativamente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo modus operandi e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da

vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 749.151/PA, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/5/2016, DJe de 16/5/2016).

A vetorial das **circunstâncias** foi corretamente desvalorada, ante ao exaurimento deste ilícito – com a vitória da empresa beneficiada com a fraude –, pois, ratifica-se que "[o] delito do art. 90 da Lei 8.666/93 tem natureza formal, ocorrendo sua consumação mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, independentemente da obtenção da vantagem (adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação)." (REsp 1623985/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/05/2018, DJe 06/06/2018).

As **consequências** também excederam as elementares do tipo penal em debate, fundamentando aquele Tribunal, idoneamente, que as ilegalidades praticadas geraram a paralisação da obra da Escola João Antônio de Col, causando prejuízo exacerbado à comunidade local.

Enfim, a **culpabilidade**, nos exatos moldes do delito anterior, foi enfatizada, uma vez que as pessoas envolvidas na sua execução continuaram com a prática do ilícito mesmo após a advertência de diversos servidores das irregularidades, investigação essa, inclusive, que já se encontrava sob a ótica do Ministério Público.

A título de exemplo, segue o precedente: "No caso, a pena-base foi exasperada em razão da maior reprovabilidade das condutas (culpabilidade e consequências dos crimes de fraude à licitação e desvio de verbas públicas), evidenciadas pelo fato do agravante ser membro da Comissão de Licitação e Secretário Municipal, além do efetivo prejuízo causado à municipalidade na área da educação." (AgRg no AREsp n. 2.099.645/BA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023).

Verifico, portanto, que as circunstâncias judiciais encontram-se devidamente fundamentadas, não se podendo extrair dos argumentos deduzidos pelo eg. Tribunal de origem, a ocorrência de eventual *bis in idem*, e, tampouco, a adoção de circunstâncias

inerentes ao tipo penal para exasperação da pena-base.

Alega fundamentação inidônea na fixação da **pena de multa** (art. 49 do CP), tanto a quantidade de dias-multa quanto o valor do salário mínimo.

No ponto, asseverou a Corte de origem: "A pena de multa fixada em 150 dias-multa, à razão de um salário mínimo, mostra-se exacerbada diante da análise do art. 59 do Código Penal. Assim, reduzo-a para 40 dias-multa, à razão de 1/20 do salário mínimo vigente à época do fato." (fl. 3.037).

Assim, a pena de multa foi minorada para 40 dias-multa, à razão de 1/20 do salário mínimo vigente à época do fato, mostrando-se escorreita.

Com efeito: "A pretensão de redução da pena de multa demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que esbarra na vedação contida na Súmula nº 7/STJ' (AgRg no AREsp 791.982/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/2/2018, DJe 7/3/2018)" (AgRg no AREsp 1675120/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/09/2020, DJe 22/09/2020).

Por fim, a respeito da suposta violação aos artigos 69, 76 e 33 do Código Penal, o agravante aponta que "(...) é vedada a **fusão das penas** de reclusão (do crime de apropriação de rendas públicas - art. 1o, I, do Decreto-Lei 201/1967) e de detenção (do crime de fraude à licitação - artigo 90, Lei 8.666/90), uma vez que, possuem natureza jurídica e modos de execução distintos." (fl. 3.532).

Transcrevo, no que importa ao caso, os seguintes fundamentos consignados no acórdão proferido em sede de embargos de declaração (fl. 3.100):

"Igualmente, não há falar em separação das penas de reclusão e detenção para determinação do regime. Por possuírem a mesma natureza, devem ser somadas, sendo o resultado determinante na fixação do regime carcerário. Neste sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: (...)"

Como se vê, o Tribunal de origem está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que é assente no sentido de que, de acordo com o art. 111 da Lei de Execução Penal, as penas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, tendo em vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO

PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. ART. 111 DA LEP. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. As razões trazidas no regimental não são suficientes para infirmar a decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. O acórdão impugnado está perfeita harmonia com a orientação jurisprudencial desta Corte, no sentido de que as penas de reclusão e as de detenção constituem reprimendas de mesma espécie, e, portanto, para efeito de fixação do regime prisional, devem ser consideradas cumulativamente, a teor do art. 111 da Lei n. 7.210/1984.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 869.324/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024).

Agravo regimental interposto por Danúbia Timm de Oliveira (fls. 3.549/3.559) - PET 00482451/2022:

O agravo regimental não merece conhecimento, porquanto intempestivo, uma vez que interposto fora do prazo de 5 dias corridos.

No caso, a decisão agravada foi publicada em **20/05/2022** (fl. 3.476). O decurso do prazo legal teve início em **23/05/2022** (segunda-feira), pela contagem normal o prazo expiraria no dia **27/05/2022** (sexta-feira), porém a petição de interposição do agravo regimental só veio a ser recebida neste Tribunal em **06/06/2022** (fl. 3.549/3.559), fora, portanto, do prazo legal, como certificado à fl. 3.560.

Assim, é intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 (cinco) dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei n. 8.038/1990, 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e 798, *caput* e § 3º, do Código de Processo Penal.

A propósito:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL INTEMPESTIVO.

1. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 (cinco) dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei n. 8.038/1990, 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e 798, *caput* e § 3º, do Código de Processo Penal.

2. "O lapso para a interposição do agravo no âmbito criminal não foi alterado pelo Novo Código de Processo Civil. Assim, aplica-se o disposto no art. 39 da Lei n. 8.038/90, que fixa o prazo de cinco dias para a interposição do agravo" (AgRg nos EAREsp n. 607.127/SP, relatora Ministra Maria

Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 25/5/2016, DJe 1º/6/2016).

3. Na hipótese, o presente agravo é intempestivo, haja vista que a intimação ocorreu em 24/2/2021 (quarta-feira) e o recurso somente foi protocolado em 11/3/2021 (quinta-feira).

4. Agravo regimental não conhecido." (AgRg nos EREsp n. 1.860.770/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 20/04/2021).

Feitas essas considerações, voto no sentido de **negar provimento** aos agravo regimentais de Luiz Henrique Bertollo e Diego Brito e **não conhecer** do agravo de Danúbia Timm de Oliveira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0404271-7

AgRg no
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.978.082 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030000422015 00030000462014 00052946220168210050
0005294622016821005000260018020218217000 00260018020218217000
00527235420218217000 00780000582014 01141993020208217000
01146660920208217000 01147796020208217000 01705514220198217000
05021600020606 70061475307 70081986424 70084758408 70084763077
70084764208 70085124485 70085391704

PAUTA: 19/06/2023

JULGADO: 06/08/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCELO D AGOSTINI
RECORRENTE : LAURA BACCHI
ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
RECORRENTE : DANUBIA TIMM DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DIONÍSIO MORILLOS - RS011302
DANIEL DURANTE - RS064768
MOISÉS DURANTE - RS083522
RECORRENTE : DIEGO BRITO
ADVOGADOS : VALTER AUGUSTO KAMINSKI - RS046554
MARCOS MASSIERO KAMINSKI - RS084869
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE BERTOLLO
ADVOGADOS : GABRIEL PAULI FADEL - RS007889
EDUARDO MAROZO ORTIGARA - RS036475
GABRIEL MONTE FADEL - RS043764
DARLAN DALAVALÉ - RS107873
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DANUBIA TIMM DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DIONÍSIO MORILLOS - RS011302
DANIEL DURANTE - RS064768
MOISÉS DURANTE - RS083522
AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE BERTOLLO
ADVOGADOS : GABRIEL PAULI FADEL - RS007889
EDUARDO MAROZO ORTIGARA - RS036475
GABRIEL MONTE FADEL - RS043764
DARLAN DALAVALÉ - RS107873

AGRAVANTE : DIEGO BRITO REsp 1978082 Petição : 2022/0048245-1 (AgRg)

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0404271-7

AgRg no
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.978.082 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

ADVOGADOS : VALTER AUGUSTO KAMINSKI - RS046554
MARCOS MASSIERO KAMINSKI - RS084869
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : MARCELO D AGOSTINI
INTERES. : LAURA BACCHI
ADVOGADO : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Relator negando provimento aos agravos regimentais de Luiz Henrique Bertollo e de Diego Brito e não conhecendo do agravo regimental de Danubia Timm de Oliveira, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravos regimentais de fls. 3.478/3.488 e 3.490/3.538 e não conheceu do agravo regimental de fls. 3.549/3.559, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Senhor Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJSP).

C542164485485254461542@ 2021/0404271-7 - REsp 1978082 Petição : 2022/0048245-1 (AgRg)