

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.628.394 - RS (2019/0358301-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : GILBERTO ANTONIO KELLER
ADVOGADOS : GLADIMIR CHIELE - RS041290
FABIANO BARRETO DA SILVA - RS057761
AGRAVANTE : JOSE ADRIANO DUTRA WEIAND
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE AO PROCESSO LICITATÓRIO. DOSIMETRIA PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IDONEIDADE. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **JOSE ADRIANO DUTRA WEIAND** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o ora agravante, juntamente com outro corréu (Gilberto) foi condenado à pena de 2 anos e 3 meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 20 dias-multa, pela prática do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, substituída por duas restritivas de direitos (fls. 1.038-1.056).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação. O eg. Tribunal de Justiça **a quo**, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo para reduzir as penas substitutivas (fls. 1.200-1.224).

O v. acórdão foi ementado nos seguintes termos (fl. 1.205):

APELAÇÃO CRIME. ART. 90, DA LEI Nº 8.666/93. FRUSTRAR E FRAUDAR, MEDIANTE DIRECIONAMENTO ILÍCITO, O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO

LICITATÓRIO. PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

I - Os apelantes, em comunhão de esforços e vontades, frustraram e fraudaram, mediante direcionamento, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obterem, especialmente para a empresa de propriedade de um dos réus, vantagem ilícita decorrente da adjudicação do objeto daquela licitação. Assim, presentes a autoria e a materialidade do delito bem como ao dolo específico dos agentes, consistente na intenção em fraudar ou frustrar o procedimento licitatório, causando dano à Administração Pública.

II - Redução da pena substitutiva de prestação pecuniária e pena de multa, guardando proporção com ao patamar fixado à pena privativa de liberdade.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Os embargos de declaração opostos pela defesa do corréu foram rejeitados, por unanimidade.

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou ofensa ao art. 59 do CP, diante da fundamentação inidônea na fixação da pena-base quanto à vetorial **circunstâncias do crime**, porquanto avaliada negativamente com base em elementos próprios do tipo penal, o que incorre em **bis in idem**.

Pugna, assim, pela readequação da pena-base.

Apresentadas as contrarrazões, sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na aplicação da Súmula 83/STJ.

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **não provimento** do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço**

do agravo e passo a examinar o recurso especial.

Para melhor delimitação do tema a ser analisado, trago à colação excerto do que ficou consignado no v. acórdão reprochado, **verbis** (fl. 1.222):

Quanto ao réu José Adriano, mantenho a exasperação da pena base em virtude das circunstâncias, pois o fato de ter utilizado indevidamente de dados de pessoas e empresas de sua relação, além de elaborar orçamentos ideologicamente falsos, com o intuito de fraudar o procedimento licitatório, ultrapassa o limite do tipo penal pela qual foi condenado, merecendo maior reprovabilidade na conduta.

A sentença condenatória assim dispôs (fl. 1.054):

Culpabilidade presente, a qual considero em grau médio; o réu não possui antecedentes; sobre personalidade nada há nos autos; a conduta social foi abonada ao curso da instrução; quanto às circunstâncias, revelam que o réu, com o objetivo de fraudar o procedimento licitatório, elaborou orçamentos ideologicamente falsos, utilizando- se indevidamente de dados de pessoas e empresas de suas relações de parentesco e de contatos profissionais, sendo protagonista na confecção do procedimento licitatório fictício; motivos são os próprios da espécie; consequências comuns ao delito; não há comportamento de vítima a influir na espécie.

É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda pelo Superior Tribunal de Justiça, exceto se ocorrer evidente desproporcionalidade, quando caberá a reapreciação para a correção de eventuais desacertos quanto ao cálculo das frações de aumento ou de diminuição e apreciação das circunstâncias judiciais.

Vale sublinhar que as **circunstâncias do crime** tratam da avaliação dos elementos não definidos na lei penal, mas que ajudam a delinear as singularidades do fato. Neste conjunto, incluem-se o **modus operandi** e o estado de ânimo do agente, a duração dos eventos criminosos, dentre outros fatores. No caso destes autos, devidamente fundamentada referida circunstância, porquanto considerada a elaboração de orçamentos ideologicamente falsos e a utilização indevida de dados de pessoas e de

empresas visando a fraude ao processo licitatório.

Tal compreensão não destoa daquilo que esta Corte tem considerado no momento de avaliar a pertinência da elevação da pena quanto ao vetor ora em análise, uma vez que a descrição dos fatos ilustra a gravidade concreta do delito. **Deve ser mantida a análise negativa dessa vetorial.**

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DESVIO E APROPRIAÇÃO DE RENDA PÚBLICA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INÉPCIA. JUSTA CAUSA. APROFUNDADA ANÁLISE DA PROVA REALIZADA PELO JULGADOR. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. "CEGUEIRA DELIBERADA". NÃO APLICAÇÃO NO CASO. CONCLUSÃO DA SENTENÇA PELA EXISTÊNCIA DE DOLO. MODIFICAÇÃO DESTA TESE IMPOSSÍVEL NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRODUÇÃO DE PROVA. JUNTADA DE DECLARAÇÕES PRESTADAS EM AUTOS DIVERSOS. PROVA EMPRESTADA. AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDA INICIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIO DE PRÁTICA DE CRIME POR AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS PARA A AUTORIDADE COMPETENTE APÓS TAL CIRCUNSTÂNCIA FICAR CONFIGURADA. DOSIMETRIA. CONSUNÇÃO. NECESSIDADE DE APROFUNDADA INCURSÃO NO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NO HABEAS CORPUS. ANÁLISE NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS PRÓPRIOS DOS TIPOS PENAI. BIS IN IDEM. ILEGALIDADE CONFIGURADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ADEQUAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EXERCÍCIO DO CARGO. APLICAÇÃO MANTIDA. NOVA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A MODIFICAR A DECISÃO. RECURSO DESPROVIDO. I - A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que não é cabível examinar a alegação de inépcia da denúncia ou ausência de justa causa para a ação penal, após a prolação de sentença

condenatória.

II - O eg. Tribunal de origem concluiu que o acervo probatório foi suficiente para demonstrar que o paciente, ex-Prefeito do Município de Rio Largo/AL, se associou a servidores municipais e outros indivíduos, para praticarem diversos crimes, objetivando fraudar processos de licitação, a fim de se beneficiarem com os valores que deveriam ser destinados à realização dos serviços previstos nos contratos. III - Com efeito, se o eg. Tribunal de origem, soberano na análise das provas dos autos, firmou o convencimento de que o acervo probatório é suficiente para demonstrar a materialidade e autoria delitivas, afastar essa conclusão exigiria amplo exame do acervo fático-probatório, providência sabidamente inviável na via de estreita do habeas corpus.

IV - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido da possibilidade de utilização do conteúdo de depoimento obtido em ação penal diversa como prova emprestada, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, em homenagem aos princípios constitucionais da economia processual e da unidade da jurisdição.

V - "A simples menção do nome de autoridades, em conversas captadas mediante interceptação telefônica, não tem o condão de firmar a competência por prerrogativa de foro. Inexiste violação do art. 5º, XII, da CF/88 e à Lei nº 9.296/96, porquanto os inquéritos foram remetidos ao STJ assim que confirmados indícios de participação de autoridades em condutas criminosas. Precedentes. [...]" (APn 675/GO, Corte Especial, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJe 21/2/2013).

VI - No caso, restou assentado que no início das investigações, quando determinada a busca e apreensão, não havia indício algum da participação do paciente, então Prefeito, na empreitada criminosa.

Após o aprofundamento das investigações, identificados indícios de autoria em relação ao paciente, o feito foi encaminhado para a autoridade competente.

VII - A via do habeas corpus somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena quando comprovada flagrante ilegalidade, sem que seja necessária análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reinaldo Soares da

Fonseca, DJe 17/8/2017).

VIII - Inviável o reconhecimento da consunção entre crimes que tutelam bens jurídicos distintos - fé pública e moralidade administrativa -, tanto mais quando a instância ordinária entendeu que estavam configurados desígnios autônomos entre as condutas.

Afastar tal conclusão demandaria amplo exame do acervo fático-probatório, que não é possível no estreito limite do habeas corpus. IX - In casu, a par da discricionariedade vinculada de que dispõe o d. Magistrado, para fazer análise negativa da culpabilidade, motivos e consequências de todos os crimes em que tais circunstâncias determinaram majoração da pena, o v. acórdão se valeu de elementos do próprio tipo penal ou de tipos distintos, pelos quais o paciente também foi condenado, em evidente bis in idem, que deve ser afastado.

X - A análise negativa das circunstâncias do crime sob o fundamento de que "na época dos fatos ... o Município de Rio Largo tentava se reerguer após devastadora enchente ocorrida em meados de junho de 2010. Por sua vez, em meio a essa situação de calamidade pública, quando certamente a já notória precariedade econômica da cidade de Rio Largo se intensificou [...]" se afigura escoreita e, portanto, deverá ser mantida.

XI - É cogente a aplicação da causa de aumento relativa ao exercício do cargo de Prefeito, no crime de falsidade ideológica.

XII - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 407.500/AL, Quinta Turma, da minha relatoria, DJe 02/08/2018)

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **b**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator