

Sentença Federal



Rodada 01.2017



Rodada 01.2017

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofertou denúncia contra TOM e JERRY, qualificados na denúncia, atribuindo-lhes a prática dos crimes previstos no art. 90 da Lei nº 8.666/93 e, em relação ao primeiro denunciado, no art. 1º, VII, do Decreto- Lei nº 201/67.

Alegou, em síntese, que:

a) os acusados TOM e JERRY procederam à montagem de licitação concernente à carta-convite 021/2012. No caso, as cartas de propostas de preços, declarações de inexistência de fato impeditivo e declarações de recebimento de documentos das três empresas apresentam exatamente a mesma omissão no tocante ao endereçamento dos expedientes e mesmo erro de grafia na palavra “atenção”;

b) a licitação referia-se à execução do Convênio PGE nº 120/2011, firmado entre o Município de Metrópolis/RN, cujo prefeito, à época, era o primeiro denunciado, com o Ministério da Integração Nacional para construção 14 (quatorze) poços tubulares, no valor de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais);

c) os membros da comissão de licitação, chefiados por JERRY, apenas assinavam os procedimentos trazidos por TOM, com consciência da ilicitude do ato e não havia sessão de julgamento. Nesse sentido, a ata de julgamento apresentava data anterior à da suposta sessão;

f) TOM deixou, ainda, de prestar as contas do Convênio PGE nº 120/2011 no prazo estipulado, conforme comprovado por ofício do Ministério da Integração Nacional.

TOM apresentou defesa prévia e arguiu a ausência de dolo.

O Ministério Público Federal juntou aos autos laudo de exame de obra de engenharia realizado pela Polícia Federal. O documento apontava que não teria havido comprovação de superfaturamento e que as obras foram executadas.

A denúncia foi recebida, pois o dolo envolveria matéria probatória e remeteu ao mérito o exame da questão.

JERRY apresentou resposta, na qual invocou ausência de dolo e de provas.

Na resposta à acusação de TOM, argumentou-se que o crime de fraude à licitação deve ser absorvido pelo de desvio de rendas públicas, pois as obras foram concluídas.

O Ministério Público Federal se manifestou quanto à preliminar arguida pelos réus, requerendo o normal prosseguimento do feito.

Realização de audiência para oitiva das testemunhas Atchim e Soneca e interrogatório dos réus TOM e JERRY. JERRY confirmou que não havia sessão de julgamento das propostas e que recebia os documentos para assinar diretamente de TOM. JERRY acrescentou, ainda, que assinava tais documentos por medo de perder o cargo em comissão ao qual estava vinculado.

Após, as partes não manifestaram interesse na produção adicional de provas.

O MPF apresentou alegações finais e requereu a condenação dos demandados.

JERRY apresentou alegações finais em forma de memoriais, sustentando ausência de dolo, pois a singela atuação como presidente da comissão de licitação não seria suficiente para a condenação. Além disso, defendeu que:

a) o MPF deveria ter denunciado também os demais integrantes da comissão de licitação e como houve omissão, deveria ser reconhecida a nulidade da denúncia, aplicando-se o disposto no art. 49 do CPP;

b) o crime previsto no art. 1º do DL 201/67 somente se aplica aos prefeitos ainda detentores de mandatos.

TOM igualmente requereu a nulidade da denúncia, pois o fato de ter sido prefeito não seria suficiente para provocar condenação.

Além disso, sustentou que:

a) o crime do art. 1º do DL 201/67 não teria sido recebido pela CF/88, considerando-se que não pode haver dois sistemas de sanção por “crime de responsabilidade” e, no caso de prefeitos, já há responsabilização pelo art. 29-A, §2º, da CF/88;

b) com o fim do mandato de prefeito, não haveria como ser responsabilizado por crimes previstos no DL 201/67, somente aplicável a detentores ativos de mandato eletivo;

c) a realização das obras acarretaria a impossibilidade de condenação.

Em seguida, vieram os autos conclusos para julgamento.

Elabore a decisão/sentença que entenda aplicável, dispensando-se a confecção do relatório.

Comentários

Olá, Pessoal, tudo bem?

A questão dessa semana envolvia aspecto relacionado ao crime de licitação, baseado, parcialmente, em precedente do TRF da 5ª Região. Além da questão de fundo, atinente irregularidade licitatória, havia algumas questões processuais prévias a serem resolvidas.

Porém, antes de incursionarmos na solução jurídica do problema propriamente dito, no entanto, é interessante abordarmos as questões gerais da elaboração de uma sentença penal.

Nesse passo, sentença penal deve conter, além do relatório, da fundamentação e do dispositivo, a dosimetria da pena.

No relatório, o juiz deve fazer um apanhado de todos os fatos relevantes que se sucederam até o momento da prolação da sentença, indicando que tomou conhecimento do caso e fez o competente estudo acerca de cada peça anexada ao processo. Em provas de sentença realizadas em concursos públicos para a magistratura, é de praxe, porém, a banca examinadora dispensar sua feitura, uma vez que não é no relatório que o magistrado demonstra e aplica seus conhecimentos jurídicos, embora nele retrate sua habilidade em descrever e sintetizar os acontecimentos que tiveram ensejo no processo até o momento em que fossem os autos conclusos para sentença.

Na fundamentação, as questões de fato e de direito são solucionadas. Inicia-se, por questões de lógica, pelo enfrentamento das preliminares, para as quais existe uma ordem correta de abordagem (no caso em apreço, a sequência correta de enfrentamento das preliminares segue exatamente a ordem em que os temas estão dispostos logo abaixo).

Saliente-se que é bastante improvável que a sentença de um concurso exija do candidato a extinção completa do processo sem resolução do mérito: a banca examinadora, de regra, quer ver o candidato adentrar no tema de fundo. Isso não impede, obviamente, que apenas algumas preliminares sejam acolhidas, mesmo que em parte, e sempre com a devida fundamentação.

Decididas as preliminares, é a vez do mérito. Na sentença penal, a análise do mérito passa necessariamente por ao menos três aspectos: (i) a materialidade e (ii) a autoria delitivas, demonstrando-se, também, (iii) a presença do elemento subjetivo do tipo.

Na análise em torno da materialidade do delito, o magistrado enfrenta os fatos narrados na peça acusatória e verifica se as provas colacionadas aos autos estão a corroborá-los, afora, é claro, realizar o seu enquadramento no tipo penal adequado. Quando adentra na questão da autoria, investiga se há elementos probatórios a revelar que o fato criminoso é da responsabilidade do acusado.

Confirmadas que sejam a materialidade e a autoria do delito, encerra-se a fase da fundamentação e passa-se à parte dispositiva, onde será absolvido ou condenado o réu.

Aqui, sobreleva lembrar que é muito provável, para dizer o menos, que a banca examinadora deseja a condenação de ao menos um ou alguns réus, a fim de sindicarem em torno da habilidade do candidato em dosar e aplicar uma pena que se mostre justa.

Desconfie, portanto, da conclusão pela absolvição de todos os acusados.

Na sequência, o juiz avança à dosimetria da pena. Note-se que à

fundamentação seguir-se-á o dispositivo da sentença e, depois, a dosimetria da pena. É este o caminho mais comumente seguido pelos juízes. Sem embargo, há também aqueles que logo em seguida à fundamentação chegam à dosimetria da pena e, somente após esta, finalizam a sentença com sua parte dispositiva. A variação segue o estilo próprio de cada julgador: a escolha da estrutura da sentença cabe a cada um, sendo imperioso, por certo, que a sentença não fique à míngua de nenhuma dessas suas partes essenciais.

Em relação à dosimetria da pena, lembre-se que o nosso Código Penal adotou o sistema trifásico (art. 68), no qual o juiz, num primeiro momento, examina as circunstâncias judiciais hospedadas no art. 59, além de outras estabelecidas em legislação especial. É importante que todas essas circunstâncias sejam referidas, ainda que para concluir-se que não há elementos suficientes a valorá-las. Ultimada a análise peculiar a esta primeira etapa, fixa o magistrado, segundo seu prudente arbítrio, a pena-base, dentro das balizas da sanção criminal cominada ao tipo em que enquadrado o fato delituoso.

Em um segundo passo, verificará o magistrado a presença de alguma atenuante ou agravante, observando o que se contém nos artigos 61 a 67 do Código Penal. Também aqui está jungido aos limites mínimo e máximo da pena cominada ao tipo penal praticado (Enunciado 231 da Súmula do STJ: A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal), chegando ao que se costuma nominar de pena provisória.

Na terceira parada, o juiz aplicará as causas de aumento ou diminuição da pena encontradas na Parte Geral ou mesmo na Parte Especial do Código Penal - além daquelas dispostas em legislação extravagante -, cujos limites de aumento ou diminuição vêm previamente demarcados pelo legislador e podem levar inclusive a apenamento aquém ou além do que contemplado no preceito secundário do tipo penal.

Nesta etapa, convola-se a pena em definitiva, mercê do término das três fases na aplicação da sanção criminal.

Deverá ser verificado, outrossim, se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade, segundo os requisitos legais (art. 44 do Código Penal, observando-se peculiaridades trazidas em leis especiais). Assenta-se, ainda, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, inclusive para a hipótese de ter espaço a conversão da pena restritiva de direito em virtude do seu descumprimento injustificado.

Em cominando o preceito secundário do tipo penal também a pena de multa, arbitra-se primeiramente o número de dias-multa dentro dos limites nele mesmo tracejados ou então consideradas as barreiras assestadas no art. 49 do Código Penal, pautando-se o juiz pela mesma proporção de aumento

encontrado após fixar a pena privativa de liberdade. Define-se, ademais, o valor de cada dia-multa segundo os lindes dispostos na lei (art. 49, § 1º, do Código Penal, quando não houver balizamento próprio em legislação específica), atentando-se, mormente, para a situação econômica do réu. Esse é o método bifásico na imposição da pena de multa.

Seguem, por fim, as disposições finais (manutenção/decretação da prisão cautelar; pagamento das custas; destinação de produtos/mercadorias; lançamento do nome do réu no rol de culpados; ofício ao Tribunal Regional Eleitoral respectivo para os fins do art. 15, III, da CF/88; outras, conforme o caso). E terminada a sentença, deve-se escrever a expressão "local e data" e "assinatura do juiz" (de fato, não se pode indicar qualquer local ou data, e tampouco escrever o nome do sentenciante, porque isso caracterizaria identificação de prova, eliminando o candidato).

De resto, registramos que, de modo a facilitar para o examinador a constatação de que o candidato conhece a estrutura formal de uma sentença criminal e de que efetivamente foram abordados todos os pontos jurídicos suscitados na questão, é aconselhável a criação de tópicos e subtópicos, os primeiros destinados a cada um dos elementos da sentença, e os segundos aos pontos a serem enfrentados nas preliminares e no mérito da pretensão deduzida, neste último caso sempre que haja relativa independência entre eles. O candidato apenas deve ter o cuidado de não desperdiçar espaço com esta estruturação nas provas em que haja limitação de linhas.

A competência da Justiça Federal. A competência deveria ser federal. Observe-se que o que se questiona é a malversação de recursos públicos de acordo com o Ministério da Integração Nacional, assim, a competência da Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109, IV, da CF.

Nulidade da denúncia. A denúncia não é nula. O art. 49 do CP somente tem aplicação em ações penais privadas

A tipificação. O julgado que inspirou, parcialmente, o enunciado foi assim ementado pelo TRF da 5ª Região (ACR 11385/RN):

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90, DA LEI 8.666/93. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO. NÃO EXIGÊNCIA DE DANO OU PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. DOLO ESPECÍFICO. CARACTERIZADO. PENA-BASE DE ALGUNS DOS ACUSADOS QUE FOI EXCESSIVA. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Peça acusatória que atendeu aos requisitos necessários ao seu regular processamento (art. 41, do CPP), tendo apresentado o fato de maneira esmiuçada, com todas as suas circunstâncias. Também não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de defesa preliminar; conforme já decidido por esta Corte Federal, a ausência de tal peça não enseja

inevitavelmente a nulidade do feito.

2. Acusado SEVERINO SALES DANTAS que exerceu devidamente o seu direito ao contraditório nos autos, sendo citado em 28/07/2001, e cientificado do prazo de 10 dias para apresentação de manifestação, conforme disposto no art. 396-A, do CPP, tendo ocorrido a apresentação de defesa prévia às fls. 330/335, dos autos. Também em audiência de instrução e julgamento, a defesa do acusado foi prontamente executada, tendo o causídico inclusive requerido a realização de inspeção judicial, o que foi indeferido pelo Magistrado de Primeira Instância. Ou seja, não há de forma alguma que se falar em qualquer prejuízo ao acusado nos autos, decorrente de ausência de defesa técnica.

3. Mais precisamente no que diz respeito ao pleito de inspeção judicial, tem-se por pertinentes os argumentos lançados pelo Magistrado sentenciante, no sentido de que a diligência seria inócua, justamente porque a perícia da Polícia Federal não encontrou qualquer poço; a defesa não trouxe impugnação à perícia da polícia; o possível dano mencionado pela defesa diz respeito a prejuízos decorrentes de preços na licitação e não na execução da obra; o objeto dos autos está relacionado à suposta fraude em licitação e não à execução da obra.

4. Provas produzidas no feito que demonstram o dolo específico dos réus no sentido de frustrar o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios e obter vantagem da adjudicação. Os depoimentos apresentados desde o inquérito policial evidenciam a prática do crime do art. 90, da Lei 8.666/93, já que não existiu competição entre os participantes do procedimento licitatório, organizado intencionalmente para beneficiar a empresa GG Construções e Serviços Ltda. Oitivas procedidas em Juízo que corroboram todos os elementos colhidos por ocasião do inquisitivo.

5. Crime do art. 90, da Lei de Licitações, que visa punir a fraude à competitividade dos processos licitatórios, independentemente do dano ou do prejuízo ao erário. O objeto da norma penal é a proteção ao escoreito desenvolvimento da atividade administrativa, e o direito dos concorrentes em participarem de um procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade entre os candidatos a contratarem com a Administração Pública.

6. A sentença foi conclusiva e indicou exaustivamente cada uma das provas produzidas, todas comprovando que, de fato, houve a prática do crime de fraude em licitações por parte dos acusados, que agiram no intuito de frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório indicado na peça acusatória e obter vantagem decorrente da adjudicações.

7. Quanto à configuração do dolo específico exigido pelo tipo penal do art. 90, da Lei 8.666/93, consubstanciado no intuito de obter para si, ou para outrem, vantagem decorrente do objeto da licitação, penso que também restou suficientemente demonstrado, por tudo o que se destacou.

8. Há constrangimento ilegal quando ações e inquéritos em andamento são considerados para efeito de majorar a pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada ao crime (Precedente: STJ, HC 201000771677, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJE 13/12/2010). Essa inclusive é a orientação da Súmula 444/STJ, no que diz que é vedada a utilização de inquéritos

policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

9. Não poderia ter sido utilizada como negativa a circunstância personalidade, nos moldes apresentados pelo Magistrado a quo, para efeito de elevar a penalidade básica do apelante PATALEÃO ESTEVAN DE MEDEIROS. Da mesma forma, não há que se falar na consideração desfavorável da circunstância culpabilidade, em razão de ser o réu detentor de mandato eletivo, já que tal aspecto foi utilizado para efeito de aplicação da agravante do art. 65, inciso II, g, do CPB, direcionada ao agente que comete delito com violação de dever inerente ao cargo de prefeito.

10. Frente a tais considerações, fixa-se a penalidade básica do acusado PANTALEÃO ESTEVAN DE MEDEIROS em 2 anos e 6 meses de detenção. Mantém-se a agravante do art. 65, inciso II, g, do CPB, por ter o agente praticado o crime com violação de dever inerente ao cargo prefeito, aumentando-se a pena em 1/6, chegando-se a pena de 2 anos e 11 meses de detenção, que se torna definitiva nesse quantum, a ser cumprida em regime aberto. Mantém-se a pena de multa em 15 dias-multa.

11. Aplica-se a substituição da pena privativa de liberdade do acusado por duas penas restritivas de direitos, nos moldes fixados no art. 44, do CPB, vez que atendidos os seus requisitos objetivos e subjetivos. A substituição deverá se fazer em uma pena de prestação de serviços à comunidade e outra pena de prestação pecuniária, a serem fixadas e cumpridas nos moldes determinados pelo Juízo de Execuções Penais.

12. No que diz respeito à ré CARLA ADRIANA DE MEDEIROS, entende-se pela ocorrência de bis in idem, pois o decreto condenatório reconheceu a circunstância desfavorável culpabilidade, tendo em vista que a ré, na condição de agente pública, violou deveres próprios do cargo, bem assim considerou como incidindo na hipótese a causa de aumento do parág. 2o., do art. 84, da Lei 8.666/93, já que a acusada, como esclarecido em embargos e declaração julgados na Primeira Instância, exercia a função de Secretária de Finanças da Prefeitura Municipal de Carnaúba.

13. Nessa ótima, reduz-se a pena base da acusada de 2 anos e 6 meses de detenção para 2 anos e 3 meses de detenção, por considerar como existente uma única circunstância desfavorável, consequências do crime, e aplica-se, já na terceira fase de dosagem, o parág. 2º., do art. 84, da Lei 8.666/93, em 1/3, o que repercute em uma penalidade de 3 anos de detenção. Mantém-se a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito conforme estipulado no decreto condenatório.

14. O acusado SEVERINO SALES DANTAS teve, dentre as circunstâncias judiciais analisadas, a culpabilidade considerada como desfavorável, pelo fato de ter colaborado para o crime no intuito de ser beneficiado com uma contratação direta, em burla ao processo de licitação, elemento que tem-se como integrante do próprio delito de fraude em licitação, quando se objetiva justamente uma contratação direta, frustrando o caráter competitivo do procedimento. Desse modo, entende-se pela redução da pena base do acusado para o montante de 2 anos e 3 meses de detenção, pena que se torna definitiva nesse quantum, em razão de inexistirem outros elementos nas demais fases da dosimetria. Mantém-se a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, procedida na decisão atacada.

15. Manutenção das penalidades estipuladas em desfavor dos acusados GILVAN AUGUSTO DE LIMA e CARLOS ANTÔNIO FERREIRA DE LIMA, em 2 anos e 3 meses de detenção, já que foram condizentes com os elementos auferidos no feito, tendo o Magistrado identificado, na primeira fase de dosagem, uma única circunstância judicial desfavorável, e anotado a inexistência de outros aspectos nas demais fases da dosimetria penal.

16. Registre-se que o procedimento licitatório foi homologado em 11 de dezembro de 2002 (denúncia, fls. 4), enquanto que o recebimento da denúncia se deu em 31 de agosto de 2010 (fls. 73/74v), e sendo a menor pena privativa de liberdade fixada em 2 anos e 3 meses, o que se observa é que não ocorreu o fenômeno da prescrição penal, em sua modalidade retroativa.

17. Dá-se parcial provimento aos apelos dos acusado PANTALEÃO ESTEVAN DE MEDEIROS, CARLA ADRIANA DE MEDEIROS, SEVERINO SALES DANTAS, para reduzir as penalidades que lhes foram impostas para os montantes de 2 anos e 11 meses de detenção, 3 anos de detenção e 2 anos e 3 meses, respectivamente, bem assim para entender pela substituição da pena privativa de liberdade do acusado PANTALEÃO ESTEVAN DE MEDEIROS por penas restritivas de direitos, conforme ocorrido para os demais réus, mantendo-se a decisão condenatória em seus demais aspectos; nega-se provimento aos apelos dos acusados GILVAN AUGUSTO DE LIMA e CARLOS ANTÔNIO FERREIRA DE LIMA”.

Referido julgado sinaliza, ainda, que o objetivo do art. 90 da Lei 8666/93 é a regularidade do procedimento licitatório, independentemente de eventual prejuízo ao erário. Esse mesmo posicionamento pode ser obtido no STJ (AgRg no AREsp 638139 / RS), quando se conclui que “O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde da existência de dano ao erário”.

Tais conclusões permitem afastar a tese defensiva, no que concerne à realização das obras sem superfaturamento.

Destaque-se, por fim, que a fraude foi de todo o procedimento licitatório e não apenas de um dos atos do referido procedimento, o que afasta a incidência do art. 93 da Lei 8.666/93.

A recepção do DL 201/67. No passado, havia certa discussão acerca da recepção de normas anteriores à Constituição de 1988. O STF, por outro lado, sedimentou o entendimento acerca de algumas normas, cristalizando-o por meio do enunciado 496 da Súmula do STF:

“São válidos, porque salvaguardados pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967.”

Em relação à acusação de prática do crime previsto no art. 1º, VII, do DL 201/67, percebe-se que o ofício do MI reconheceu a ocorrência, fazendo com

que Tom (apenas ele) se responsabilizasse, pois Jerry não atuava com esse encargo de encaminhar prestação de contas dos recursos.

Nesse particular, o STJ possui precedentes que vinculam o citado crime à prova de prejuízo ao erário (AgRg no AREsp 97098 / SE). Diante da ausência de prejuízo, poder-se-ia pensar na absolvição. Optou-se, neste espelho, pela condenação, sendo certo que outros detalhes do caso real poderiam ser explorados para esse fim (momento da prestação de contas, tempo de atraso etc).

Por outro lado, o fato de existir previsão por responsabilização de acordo com o art. 29-A da CF não afasta a possibilidade de aplicação do DL 201, porquanto a previsão constitucional diz respeito a responsabilidade política e a do DL 201 é, como se sabe, penal, uma vez que há restrição à liberdade como sanção.

Aplicabilidade do DL 201/67 a ex-prefeitos. A possibilidade de aplicação das normas do DL 201/67 a ex-prefeitos não desperta mais muita discussão, uma vez que se encontra sedimentado na jurisprudência do STJ. A questão se relaciona com o revogado enunciado sumular 394 do STF e art. 84, §§1º e 2º, do CPP.

O verbete sumular possuía a seguinte redação:

“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

O STF cancelou o enunciado em 2001 com a análise de questão de ordem na AP 315. O legislador, no entanto, introduziu os §§1º e 2º do art. 84 do CPP com e a lei 10.628/2002, para manter a prerrogativa de foro após o fim do mandato:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Procurou-se, assim, restabelecer o cancelado enunciado sumular. O STF, no entanto, ao julgar a ADI 2797 reconheceu a inconstitucionalidade dos §§1º e

§2º do art. 84 do CPP.

Portanto, atualmente, cessado o mandato, cessa o foro por prerrogativa de função.

A autoria e materialidade. A materialidade pode ser extraída de observância dos mesmos erros nas propostas, seja em relação ao endereçamento dos expedientes ou com base nos erro idênticos de grafia na palavra “atenção”. A autoria, por sua vez, é obtida do fato de que TOM levava a JERRY a documentação para assinatura que, por sua vez, chefiava a comissão de licitação.

O elemento subjetivo do tipo. O dolo pode ser percebido pelos próprios fatos, no sentido que Tom levava a Jerry documentos para montar, formalmente, o procedimento licitatório, Ambos, portanto, detinham consciência da irregularidade e, mesmo assim, agiram contrariamente ao que determina a lei. Não havia como afastar o dolo de Jerry como postulado pela defesa, já que não era obrigado a assim atuar em manifesta contradição à lei.

A dosimetria. Para a condenação, mostrava-se imprescindível a adoção do sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, examinando-se cada uma das circunstâncias contidas no art. 59 do CP. Exames de circunstâncias de forma conjunta para vários réus pode ser estratégia arriscada em concursos públicos, pois um examinador mais rigoroso poderia valorar negativamente esse aspecto por importar violação ao princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, da CF).

Nesse caminhar, frisa-se que, ao se aferir a culpabilidade, não se deve incursionar sobre a potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa, pois tais elementos relacionam-se à própria caracterização do crime, ocorrida em momento anterior da análise. Há entendimento, contudo, direcionado ao vínculo entre a culpabilidade e a intensidade do dolo, tese não acatada neste espelho de correção.

Mesmo no âmbito jurisprudencial, esse aspecto é alvo de divergência. O STJ, por exemplo, possui precedentes que sinalizam a culpabilidade como reflexo da consciência da ilicitude (AgRg no AREsp 463.494/RJ), intensidade do dolo (HC 173864/SP) ou reprovação social da conduta (HC 215432/TO).

Há doutrinador, ainda, que defende que as circunstâncias do art. 59 do CP serviriam ao propósito da mensuração da culpabilidade, não se caracterizando-se como elementos diversos (José Antônio Paganella Boschi, Das penas e seus critérios de aplicação. Livraria do Advogado, 2014, p. 192).

Mostra-se interessante, destacar, além disso, a lição de Nucci (Individualização da Pena. 4ª ed. 2011, p. 154), seguida neste espelho de correção: "A culpabilidade, como elemento do crime, já foi analisada, justamente para que o juiz chegasse à conclusão de que o réu merece ser

condenado, Logo, não mais tem cabimento cuidar dos requisitos que a compõem, em sentido estrito. Não mais torna o magistrado a discutir imputabilidade, consciência potencial de ilicitude ou exigibilidade de comportamento conforme o Direito".

Acrescenta, ainda, o referido autor: "no mais, quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem" (idem *ibidem*).

Rogério Sanches Cunha (Manual de Direito Penal. Parte Geral. 3ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 403) é ainda mais enfático: "deve ser alertado, desde logo, a circunstância judicial da 'culpabilidade' nada tem a ver com a 'culpabilidade' terceiro substrato do crime. Cuida-se, na verdade, do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente".

Assim, a consciência da ilicitude e o dolo são elementos anteriores à condenação e, portanto, estranhos à fixação da pena. Apesar disso, há autores que promovem a defesa da tese de que a culpabilidade deveria incursionar sobre o dolo (Hélio Narvaez, em Código Penal Comentado. Coordenadores Maurício Schaun Jalil e Vicente Greco Filho. São Paulo, Manole, 2016) e Luiz Flávio Gomes/ Alice Biachini (Curso de Direito Pena. Parte Geral, 2016, p. 508), assim como Cezar Roberto Bittencourt (Código Penal Comentado, São Paulo, Atlas, 2012, p. 346).

No que concerne ao motivo, Juarez Cirino dos Santos (Direito Penal. Parte Geral, 2008, p. 565) sustenta que, caracterizado como "móbil do crime, designa o aspecto dinâmico de pulsões instintuais do id, atualizadas em estímulos internos determinados de egoísmo, cólera, prepotência, luxúria, ganância...".

Quanto à personalidade, diante da ausência análises técnicas específicas, tende-se a utilizar o termo na sua acepção informal, baseado na percepção de seus atos, não sob o ponto de vista exclusivamente do crime praticado, mas do "modo de ser do autor da infração penal" (Nucci, Individualização da Pena, 2011, p. 168).

Também em relação às consequências, merece lembrança, novamente, o ensinamento de Nucci (Individualização da pena, 2011, p. 182):

"O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito".

A pena de multa. A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena restritiva de liberdade. O ideal é promover o cálculo da multa conjuntamente com a pena restritiva de liberdade, utilizando-se os parâmetros do art. 59 do CP.

Confira-se, relativamente à pena de multa, o posicionamento de Nucci (Individualização da pena, 4ª Ed. p. 151):

“Dessa maneira, para que não fique a fixação da pena de multa afastada do critério geral, norteador de toda e qualquer concretização de pena, isto é, o grau de censura (culpabilidade) merecido, é indispensável considerar, para a pena pecuniária, ao menos, um sistema composto de dois estágios. Para a eleição do número de dias-multa, o julgador leva em conta os elementos contidos no art. 59 – circunstâncias judiciais -, bem como outros fatores de aumento ou diminuição (ex: na tentativa, nada impede que o juiz, como fez na pena privativa de liberdade, o seu quantum de um a dois terços, se houve apenas a agravante de reincidência o número de dias-multa pode ser fixado em valor mais elevado quando, então, avaliada a culpabilidade, fixará o valor do dia-multa, agora sim, voltado exclusivamente, à capacidade econômica do réu”.

Esse entendimento é compartilhado por Cezar Roberto Bittencourt (Código Penal Comentado, 7ª Ed., p. 253), quando ao examinar o cálculo do número de dias-multa, argumenta que “considera-se a gravidade do delito, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e, inclusive, as majorantes e minorantes”.

Com base no CP, um exemplo auxilia a compreensão. Suponha o crime do caput do art. 180 do CP. Os limites máximo e mínimo da pena em abstrato são 4 e 1 anos, respectivamente. Considere que a pena base da sanção restritiva de liberdade foi estabelecida em 2 anos de reclusão e que há agravante de organização da empreitada criminosa (art. 62, I, do CP). Como calcular a multa?

Passo 1: calcular a proporção do incremento da pena restritiva de liberdade (em relação à pena mínima): 12 meses, que corresponde a $12/36$ (36 meses \rightarrow 4 -1 anos) ou $1/3$.

Passo 2: aplicar essa proporção à variação da multa conforme limites mínimo e máximo do art. 49 do CP (10 a 360 dias multa) = $1/3 \times 350 = 116,666$

Passo 3: desprezar a fração (art. 11 do CP) = 116 dias-multa

Passo 4: calcular acréscimos/diminuições decorrentes de agravantes/atenuantes e/ou causas especiais de aumento/diminuição da pena de acordo com a fração de aumento/diminuição utilizado em relação à pena restritiva de liberdade. No exemplo, aplicação do art. 62, I, do CP: fração de $1/6$. Assim, $1/6 \times 116 = 19,33$ ou 19 (desprezando-se a fração).

Passo 5: somar o resultado à pena mínima: $10 + 19 + 116 = 145$ dias-multa

Passo 6: calcular o valor de cada dia multa, considerando-se a condição econômica do condenado, sendo certo que quando não se conhece essa situação, deve-se fixar o montante no seu mínimo (1/30 do s.m.), conforme STJ (REsp 1535956/RS).

Assim, a pena seria de 145 dias-multa, sendo cada dia multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos criminosos.

No caso de crimes licitatórios, a pena de multa deve seguir, por seu turno, a sistemática do art. 99 da Lei 8.666/93. A aplicação do art. 49 do CP aqui é subsidiária.

A dosimetria no julgado que inspirou o enunciado foi assim realizada para o crime do art. 90 da Lei 8.666/93:

Para Tom:

“A) Circunstâncias judiciais

Culpabilidade: circunstância desfavorável, pois se revelou reprovável na espécie, tendo em vista que, na condição de detentor de mandato eletivo, frustrou a expectativa de seus eleitores de bem gerir a coisa pública e violou regras comezinhas da Administração, sobrepondo interesses pessoais aos da sociedade que representava;

Antecedentes: circunstância favorável, ante a inexistência de decisões condenatórias transitadas em julgado e que não configurem reincidência;

Conduta social: circunstância favorável, em virtude de não existir nos autos elementos que comprovem a má conduta social do réu;

Personalidade: circunstância desfavorável, em virtude de constar dos autos referências a várias outras ações penais em face do réu, inclusive com condenações perante este juízo (Processos 0000635-04.2009.4.05.8402; 0000318-69.2010.4.05.8402; 0000394-93.2010.4.05.8402; 0000378-42.2010.4.05.8402; 0000376-72.2010.4.05.8402);

Motivos: não há elementos nos autos que indiquem finalidade diversa da que é própria do tipo (fraudar o caráter competitivo da licitação);

Circunstâncias: se encontram relatadas nos autos, sendo inerentes ao tipo legal, nada tendo a se valorar;

Consequências: circunstância desfavorável, pois o crime impediu que a administração pública contratasse a melhor proposta, violando as regras de

escolha objetiva;

Comportamento da vítima: em virtude de ser a vítima a administração pública, não é possível valorá-la.

A par das circunstâncias descritas, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 02 (dois) meses de detenção e multa, por considerá-la necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime.

B) Circunstâncias legais

Não existem atenuantes.

Incide a agravante do art. 65, II, "g", por ter o agente praticado o crime com violação de dever inerente ao cargo de prefeito, aumentando-se a pena em 1/6, chegando-se a pena provisória de 3 (três) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias e multa.

Inexistem causas de diminuição ou de aumento de pena. Por isso, torno definitiva e concreta a pena de detenção em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias e multa”.

Na multa, fixou-se pena de 2% do valor do contrato, conforme art. 99 da Lei 8.666/93.

No Tribunal, rejeitou-se a possibilidade de utilização de tramitação de outros feitos a título de valoração negativa da personalidade (em harmonia com o que prevê o enunciado 444 da Súmula do STJ), fixou-se como pena base 2 anos e 6 meses de detenção e manteve-se a agravante do art. 61, II, “g”, produzindo pena total de 2 anos e 11 meses de detenção.

Observação: discordamos do cálculo da multa, porquanto com se deslocar 6 meses da pena mínima restritiva de liberdade, a de multa deveria seguir o mesmo caminho. Assim, 6 meses (tendo-se como referência os limites de 2 a 4 anos) produz 87 dias-multa (tendo-se como referência 10 a 360 dias-multa de acordo com o art. 49 do CP) que, somada ao mínimo (10 dias-multa) produz 97 dias-multa.

Para Jerry:

“A) Circunstâncias judiciais:

* Culpabilidade: circunstância desfavorável, tendo em vista que, na condição de agente pública, violou os deveres de honestidade, ínsitos ao exercício do cargo;

* Antecedentes: circunstância favorável, ante a inexistência de decisões condenatórias transitadas em julgado e que não configurem reincidência;

- * Conduta social: circunstância favorável, em virtude de não existir nos autos elementos que comprovem a má conduta social da ré;
- * Personalidade: circunstância favorável, em virtude da ausência de fatos que tipifiquem sua personalidade desvirtuada;
- * Motivos: não há elementos nos autos que indiquem finalidade diversa da que é própria do tipo;
- * Circunstâncias: se encontram relatadas nos autos, sendo inerentes ao tipo legal, nada tendo a se valorar;
- * Consequências: circunstância desfavorável, pois o crime impediu que a administração pública contratasse a melhor proposta, violando as regras de escolha objetiva;
- * Comportamento da vítima: em virtude de ser a vítima a administração pública, não é possível valorá-la.

A par das circunstâncias descritas, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção e multa, por considerá-la necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime.

B) Circunstâncias legais

Não existem atenuantes e nem agravantes.

Inexistem causas de diminuição. Há causa de aumento do §2º do art. 84 da lei nº 8.666/93 (1/3). Por isso, torno definitiva e concreta a pena de detenção em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses e multa”.

O TRF da 5ª Região reduziu a pena para 3 anos de detenção, por entender ter havido bis in idem a consideração negativa da personalidade com a causa de aumento prevista no §2º do art. 84 da Lei 8.666/93.

Crime do art. 1º, VII, do DL 201/67 (Para Tom):

Culpabilidade: nada que extrapole um sentimento natural de repugnância;

Antecedentes: não foi recolhida informação de ação penal com trânsito em julgado.

Conduta social: nada há nos autos que evidencie anormalidade;

Personalidade: não restou comprovada personalidade habitual criminosa;

Motivos: não foram apurados, porém não há indicação de anormalidade;

Consequências: não foram apuradas, mas não há prova de prejuízos à sociedade além daqueles previstos no próprio dispositivo;

Circunstâncias: a omissão de prestação de contas não possui circunstância especial de agir;

Comportamento da vítima: o Estado não participou nem contribuiu para a prática.

Com apoio nessas considerações, a pena-base poderia ser fixada no mínimo de 3 meses de detenção e, à míngua de outras circunstâncias atenuantes/agravantes nem causas de diminuição/aumento de pena, convola-se em pena definitiva.

Não se considerou aqui a agravante do art. 61, II, “g”, do CP.

Atente-se, ademais, que os crimes do DL 201/67 não prevêem pena de multa. Essa ausência destoia de outras previsões em que há desvios ou subtração de valores, porém deve ser seguida.

Pena final (dependendo da argumentação, poderiam ser fixadas outras penas, porém próximas do que foi aqui apurado):

a) para Tom: 3 anos e 2 meses de detenção

b) para Jerry: 3 anos de detenção

Perda do cargo e inabilitação A perda do cargo encontra-se prevista como pena acessória tanto de um modo geral no art. 92, I, do CP e art. 1º, §2º, do DL 201/67. Ocorre que para sua incidência, é necessária fundamentação específica, pois o STJ defende que tais efeitos não são automáticos, como aliás se encontra expresso no parágrafo único do art. 92 do CP e a previsão do DL 201/67 deve seguir essa necessidade de fundamentação. É o que se extrai dos seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. DOSIMETRIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE FAZ REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUANTO AO DIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. MATÉRIA PREQUESTIONADA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENÇÃO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXPRESSA E ESPECÍFICA.

I - Na hipótese, havendo remissão expressa, no v. acórdão recorrido, aos fundamentos constantes da r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena-base, reputa-se prequestionada a matéria, autorizando o seu debate na via especial.

II - Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a perda de

cargo, função pública ou mandato eletivo, prevista no art. 92, I, do Código Penal, não é efeito automático da condenação, de forma que a sua incidência demanda fundamentação expressa e específica, à exceção do crime de tortura, o que não é o caso dos autos.

Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 1459396/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016)

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO NÃO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 prevê um efeito específico e não automático da condenação definitiva, exigindo, portanto, fundamentação adequada, nos termos do art. 92 do Código Penal, aplicável na hipótese, ante a omissão do decreto-lei, por força do que dispõe o art. 12 do Código Penal. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo regimental improvido”. (AgRg no REsp 1322864/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 15/09/2015)

Regime de cumprimento da pena. O regime de cumprimento deveria ser fixado com base no art. 33 do CP, em decorrência da pena respectiva (no caso, semiaberto).

Substituição/suspensão da pena. Considerando-se apenas o montante da pena estabelecida de acordo com o montante decorrente da dosimetria acima transcrita, em associação com as circunstâncias do art. 59 do CP, mostra-se viável a substituição da pena prevista no art. 44 do CP o que afasta a possibilidade de sua suspensão (art. 77, III, do CP).

Reparação mínima. Não se vislumbra possibilidade de fixação da reparação mínima no problema proposto (art. 387, IV, do CPP), pois não houve pedido específico pelo MPF (STJ, REsp 1193083/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 27/08/2013 e REsp 1176708/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012) de acordo com o enunciado da questão. Ademais, não se identificou prejuízo ao erário, circunstância que se soma à inviabilidade de fixação de valores a título de indenização.

Possibilidade de interposição de recurso em liberdade. Inexistindo hipótese de aplicação do art. 312 do CPP, deve ser permitido ao condenado apelar em liberdade. Esse exame deriva da determinação contida no art. 387, §1º, do CPP.

Condenação em custas. Os réus deveriam ser condenados em custas (art. 804 do CPP).

Providências vinculadas ao trânsito em julgado:

- a) Expedição de ofício ao TRE, para os fins previstos no art. 15, III, da CF e instituições de estatística;
- b) lançamento do nome dos condenados no rol de culpados, conforme Resolução CJF nº 408/04;
- c) registro no CNCIAI, conforme Res. CNJ 44/2007, Provimento CNJ 29/2013 e art. 1º, I, “e”, 1, da LC 64/90;

Em atenção ao que restou definido pelo STF no julgamento do HC 126.292 e nas ADC's 43 e 44, bem como no reconhecimento de repercussão geral no ARE 964.246, a expedição de guia de recolhimento (art. 105 da LEP) deveria ser feito eventualmente após o julgamento em segundo grau de jurisdição, em caso de recurso e manutenção da sentença.

Indicação “Local, Data e Juiz Federal Substituto”. Sendo a sentença relativa à magistratura federal, o cargo indicado deveria ser, em atenção ao art. 93, I, da CF e art. 20 da Lei 5.010/66, “Juiz Federal Substituto”.

Melhores Respostas

O aluno **Gabriel Gervason Resende, Juiz de Fora/MG**, avaliado como “bom”, elaborou a seguinte resposta:

“I. RELATÓRIO (dispensado pelo enunciado da questão)

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. PRELIMINARES

II.1.1 DA NULIDADE PROCESSUAL (ART. 49/CPP)

Conforme relatado nos autos, o Ministério Público Federal denunciou Tom e Jerry pela prática do crime do art. 90 da Lei 8.666/93 e, o primeiro denunciado, também ao crime o art. 1º, VII do DL 201/67. Ocorre que o órgão ministerial não denunciou outros possíveis autores das condutas delitivas, tendo em vista que, conforme carga probatória dos autos, três empresas possivelmente estariam em conluio para a fraude à licitação. Além do mais, o parquet alegou na denúncia que a comissão licitante assinava os documentos trazidos pelo acusado Tom sem a ocorrência da sessão de julgamento, tendo total conhecimento da ilicitude da conduta.

Contudo, apesar das constatações prima facie de autoria, materialidade e adequação típica que consubstanciaram a denúncia a outros agentes, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia, tão somente, a Tom e Jerry. Tendo isto em vista, o réu Jerry alegou pela ofensa ao art. 49 do CPP, o que ocorreria a nulidade da denúncia.

Ocorre, todavia, que o referido dispositivo processual penal é aplicável, tão somente, nas ações privadas, uma vez ser pautada pelo princípio da indivisibilidade da ação penal. Tal princípio tem como finalidade a vedação da utilização da ação penal como meio de vingança privada da vítima ou de seu representante legal, obrigando, assim, que a queixa seja proposta em face de todos os potenciais agentes da conduta típica, sob pena de renúncia ao direito de persecução penal.

Ao revés, o princípio da invisibilidade da ação penal não é aplicável às ações penais públicas, uma vez que cabe ao órgão acusador a inteligência do melhor momento da persecução penal, com os meios de provas robustos e melhor identificação da autoria.

Deste modo, incabível o acolhimento da preliminar arguida, uma vez que o art. 49 do CPP é inaplicável na presente ação penal.

II.2. MÉRITO

II.2.1. DA MATERIALIDADE, AUTORIA E ADEQUAÇÃO TÍPICA - FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO (ART. 90, LEI 8.666/93)

Restou narrado na denúncia e demonstrado nos autos, que ocorreu o ajuste prévio entre os acusados para fraudar a licitação concernente à carta-convite 021/2012. Percebeu-se que as cartas de propostas de preços, declaração de inexistência de impedimentos e de recebimento de documentos das três empresas, em destaque quanto à omissão no tocante ao endereçamento dos expedientes e o erro de grafia na palavra "atenção", são idênticas.

Em sequência, na audiência de oitiva de testemunhas e interrogatório dos acusados, ficou demonstrada a inoportunidade das sessões de julgamentos das propostas. O acusado Jerry confessou que assinava os documentos encaminhados por Tom, sob receio de perder o cargo em comissão ao qual estava vinculado.

Sob todo o conjunto probatório apresentado, ficou patente a adequação típica entre as condutas de ambos os acusados e o art. 90 da Lei 8.666/93.

Os Réus alegaram a inexistência de dolo, uma vez que o tipo penal relacionado exige a sua ocorrência, não permitindo a condenação ao título de culpa. Conduto, ao observar os autos, verifico a ocorrência de dolo, tendo em vista a fraude quanto ao direcionamento das cartas-convites, em ter respostas idênticas e, ainda, a inoportunidade de sessões de julgamento das propostas. Assim, todo o procedimento licitatório fora fraudulento, não por mero equívoco de determinados procedimentos legais, mas sim por ajuste de condutas visando a fraude licitatória.

Ademais, o tipo penal traz a exigência de finalidade especial, qual seja, a de obter vantagem, para si ou outrem, da adjudicação do objeto licitatório. Entretanto, o crime do art. 90 da Lei 8.666/93 é meramente formal, dispensando a efetiva obtenção de vantagem econômica. Fato este, portanto, que não permite a atipicidade da conduta pela realização da obra, mesmo que ausente o superfaturamento, conforme laudo da Polícia Federal.

Por fim, não há que se falar em absorção do presente crime com o de desvio de rendas públicas, como alega o acusado Tom, tendo em vista que são desígnios delitivos distintos e, ainda, que não houve pedido de condenação sobre o referido delito.

Desta forma, comprovada a materialidade, autoria e adequação típica da conduta, é forçoso condenar os réus na prática do crime do art. 90, Lei 8.666/93.

II.2.2. DA MATERIALIDADE, AUTORIA E ADEQUAÇÃO TÍPICA - AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (ART. 1º, VII, DL 201/67)

Conforme conjunto probatório, verifica-se que o réu Tom, denunciado pelo delito do art. 1º, VII, DL 201/67, não prestou contas do convênio PGE nº 120/2011, de acordo com ofício do Ministério da Integração Nacional.

É responsabilidade do prefeito prestar as devidas contas de recursos obtidos por meio de convênio, sob pena de ser incurso ao crime de responsabilidade do art. 1º, VII, do DL 201/67. Ocorre que, apesar da nomenclatura "crimes de responsabilidade", tecnicamente o art. 1º do DL 201/67 não traz tais infrações político-administrativas, mas sim crimes comuns. Deste modo, não há que se falar que houve não recepção pela Constituição da República, por haver previsão constitucional de crimes de responsabilidade, o que ocasionaria, se assim fosse, dois sistemas

de sanção. Ademais, o art. 29-A, §2º, CF/88, estabelece alguns crimes de responsabilidade dos prefeitos, mas sem esmiuçar suas condutas e consequências, sendo possível, assim, a lei realizar tais detalhamentos.

Portanto, seja pela análise da natureza delitiva do art. 1º do DL 201/67, seja pela análise constitucional da responsabilidade político-administrativa dos prefeitos, não há que se falar em não recepção do art. 1º do DL 201/67. Ademais, já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da recepção de tal diploma legal.

Em sequência, fora alegado que a os crimes do art. 1º do DL 201/67 somente podem ser direcionados ao prefeito detentor de mandato, sendo que o fim deste ocasionaria a irresponsabilidade do prefeito. Contudo, tal entendimento não deve prosperar, tendo em vista a súmula 164 do STJ e súmula 703 do STF, preverem a responsabilidade do prefeito, mesmo após a extinção do mandato.

Portanto, em respeito à análise probatória e entendimento jurisprudencial, é reconhecida a materialidade, autoria e adequação típica da conduta do Réu Tom ao crime do art. 1º, VII do DL 201/67, sendo a condenação e medida adequada imposta.

III. DISPOSITIVO

Pelo exposto, julgo procedente o pedido da acusação para condenar os Réus Tom e Jerry ao crime de fraude do caráter competitivo da licitação, incurso no art. 90, Lei 8.666/93 e, a condenar o Réu Tom ao crime de ausência de prestação de contas, incurso no art. 1º, VII do DL 201/67.

Passo a dosar-lhes a pena aplicada, de maneira individual e isolada, em estrita observância ao art. 68 do Código Penal.

IV. DOSIMETRIA DA PENA

IV.1 RÉU TOM

IV.1.1 CRIME DO ART. 90, LEI 8.666/93

1ª FASE:

Na primeira fase analiso as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. a) a culpabilidade, relativa à reprovabilidade social da conduta, não desdobra na normalidade típica, configurando circunstância neutra; b) o réu não apresenta maus antecedentes; c) não há fatos que desabonem a conduta social ou a personalidade do agente; d) os motivos apresentados são adequados ao tipo penal, não merecendo reconhecimento negativo; e) as circunstâncias e consequências do crime, não apresentaram negatividades aquém da própria essência do tipo, tendo, ainda, em vista a ocorrência da obra sem o seu superfaturamento; f) quanto ao comportamento da vítima, há negatividade da conduta, tendo em vista ser, ao tempo da conduta, prefeito municipal, autoridade com pleno conhecimento da conduta ilícita e que seria responsável por uma gestão lícita, impessoal, moral, visando a economicidade dos recursos financeiros obtidos pelo município. Assim, considerando a presença de uma circunstância judicial negativa, fixo a pena-base em 2 anos e 3 meses e a pena de multa em 54 dias-multa.

2ª FASE:

Não verificadas circunstâncias que agravem ou atenuem a pena. Deste modo, a pena-intermediária permanece em 2 anos e 3 meses e 54 dias-multa

3ª FASE:

Não há causas de aumento ou diminuição da pena. Sendo assim, fixo a pena definitiva em 2

anos e 3 meses de detenção e 54 dias-multa. Conforme o art. 49, §1º, CP, fixo o valor de cada dia-multa ao equivalente a um salário mínimo, tendo em observância a situação financeira do acusado, uma vez ter ocupado cargo de prefeito municipal, com remuneração compatível à fixação realizada. Deste modo, a pena de multa perfaz o equivalente à 54 salários mínimos.

IV.1.1.1. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO.

Tendo em vista a pena privativa de liberdade ter sido fixada abaixo do patamar máximo de 4 anos do art. 44 do CP, cumpre a análise da substituição da pena.

O crime em tela, apesar de doloso, não foi praticado com violência ou grave ameaça, perfazendo o primeiro requisito objetivo. Ademais, em análise ao segundo requisito objetivo, a pena privativa de liberdade fora fixada em apenas 2 anos e 3 meses, parâmetro permitido pelo art. 44, CP, em que a pena deve ser fixada em até 4 anos.

Em análise aos requisitos subjetivos, o réu não é reincidente em crime doloso e percebe o princípio da suficiência. Assim, a substituição da pena é suficiente levando em consideração a culpabilidade, antecedentes, conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos.

Desta feita, substituo a pena por duas restritivas de direitos, conforme possibilita e determina o art. 44, §2º do CP.

As restritivas de direitos serão:

I) Prestação de serviços à comunidade, conforme art. 46 do CP.

II) Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, conforme art. 47, I do CP.

Tendo em vista a possibilidade de cumprimento simultâneo das duas penas restritivas de direitos, faça-se deste modo.

Ainda, reitera-se a possibilidade de conversão à pena privativa de liberdade no caso de ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, nos moldes do art. 44, §4º do CP.

Ambas as restritivas de direito deverão ser cumpridas no prazo equivalente à fixação da pena, ou seja, dois anos, considerando-se o regramento legislativo penal.

IV.1.2 CRIME DO ART. 1º, VII, DL 201/67

1ª FASE:

Na primeira fase analiso as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. a) a culpabilidade, relativa à reprovabilidade social da conduta, não desdobra na normalidade típica, configurando circunstância neutra; b) o réu não apresenta maus antecedentes; c) não há fatos que desabonem a conduta social ou a personalidade do agente; d) os motivos apresentados são adequados ao tipo penal, não merecendo reconhecimento negativo; e) as circunstâncias e consequências do crime, não apresentaram negatividades aquém da própria essência do tipo, tendo, ainda, em vista a ocorrência da obra sem o seu superfaturamento; f) quanto ao comportamento da vítima, não há conduta distinta ao desdobramento normativo típico da conduta. Assim, considerando a ausência de circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, em 3 meses, conforme art. 1º, §1º do DL 201/67.

2ª FASE:

Não verificadas circunstâncias que agravem ou atenuem a pena. Deste modo, a pena-

intermediária permanece em 3 meses.

3ª FASE:

Não há causas de aumento ou diminuição da pena. Sendo assim, fixo a pena definitiva em 3 meses de detenção. Ademais, estabeleço, conforme art. 1º, §2º do DL 201/67, que a condenação definitiva no presente crime acarretará a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, a sem computado após o transcurso da medida substitutiva do delito antecedente, uma vez não ser possível a sua aplicação concomitante, mas sim sucessiva.

IV.1.2.1 DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO

Tendo em vista a pena privativa de liberdade ter sido fixada abaixo do patamar máximo de 4 anos do art. 44 do CP, cumpre a análise da substituição da pena.

O crime em tela, apesar de doloso, não foi praticado com violência ou grave ameaça, perfazendo o primeiro requisito objetivo. Ademais, em análise ao segundo requisito objetivo, a pena privativa de liberdade fora fixada em apenas 3 meses, parâmetro permitido pelo art. 44, CP, em que a pena deve ser fixada em até 4 anos.

Em análise aos requisitos subjetivos, o réu não é reincidente em crime doloso e percebe o princípio da suficiência. Assim, a substituição da pena é suficiente levando em consideração a culpabilidade, antecedentes, conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos.

Desta feita, substituo a pena por uma restritiva de direitos, conforme possibilita e determina o art. 44, §2º do CP, sendo ela a limitação de finais de semana.

IV.1.3 CONCURSO MATERIAL

Tendo em vista a ocorrência de duas condutas e dois resultados distintos, há a ocorrência de concurso material entre os crimes do art. 90 da Lei 8.666/93 e do art. 1º, VII do DL 201/67. Deste modo, conforme determina o art. 69 do Código Penal, as penas devem ser somadas. Portanto, as penas de ambos os delitos será de 2 anos e 6 meses de detenção.

IV.2. RÉU JERRY

IV.2.1. CRIME DO ART. 90, LEI 8.666/93

1ª FASE:

Na primeira fase analiso as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. a) a culpabilidade, relativa à reprovabilidade social da conduta, não desdobra na normalidade típica, configurando circunstância neutra; b) o réu não apresenta maus antecedentes; c) não há fatos que desabonem a conduta social ou a personalidade do agente; d) os motivos apresentados são adequados ao tipo penal, não merecendo reconhecimento negativo; e) as circunstâncias e consequências do crime, não apresentaram negatividades aquém da própria essência do tipo, tendo, ainda, em vista a ocorrência da obra sem o seu superfaturamento; f) quanto ao comportamento da vítima, não há desdobramentos distintos ao tipo penal. Assim, considerando a ausência de circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal de 2 anos e em 10 dias-multa.

2ª FASE:

Não verificadas circunstâncias que agravem ou atenuem a pena. Deste modo, a pena-intermediária permanece em 2 anos e 10 dias-multa.

3ª FASE:

Não há causas de aumento ou diminuição da pena. Sendo assim, fixo a pena definitiva em 2 anos de detenção e 10 dias-multa. Conforme o art. 49, §1º, CP, fixo o valor de cada dia-multa ao equivalente a 1 salário mínimo, tendo em observância a situação financeira do acusado. Deste modo, a pena de multa perfaz o equivalente à 10 salários mínimos.

V. DISPOSIÇÕES FINAIS

Condeno os réus ao pagamento das custas processuais, em mesma proporção.

Deixo de condená-los no pagamento de valor mínimo indenizatório por falta de pedido do parquet nesse sentido, conforme entendimento jurisprudencial pátrio.

Com o trânsito em julgado:

- a) Inclua-se os nomes dos réus no rol de culpados;
- b) Oficie-se ao TRE para os fins do inciso III do art. 15 da CF;
- c) Atualize-se o CNCIAI;
- d) Oficie-se os órgãos oficiais de estatística;
- e) Intime-se os réus para pagarem as custas no prazo de 10 (dez) dias, com base no art. 50 do CP.
- f) Intime-se os réus para pagarem as multas no prazo de 10 (dez) dias, com base no art. 50 do CP.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes.

Local, Data.

Juiz Federal Substituto”
