

EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 565 RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como destacado pela eminente Relatora em seu Relatório, trata-se de

“Embargos de Declaração nos Primeiros Embargos de Declaração opostos contra acórdão proferido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, que, em 5.12.2014, não conheceu os Embargos de Declaração na Ação Penal n. 565, nos termos seguintes:

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. ALEGAÇÕES DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA CAUSA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

1. Ausência de obscuridade, contradição, omissão e erro material a ser sanada pelos embargos declaratórios.

2. São incabíveis embargos de declaração quando a parte, a pretexto de esclarecer inexistente obscuridade, omissão ou contradição, utiliza-os com o objetivo de infringir o julgado e, assim, viabilizar indevido reexame da causa. Precedentes.

3. A interrupção da prescrição da pretensão punitiva estatal nas instâncias colegiadas se dá na data da sessão de julgamento, que torna público o acórdão condenatório.

4. Fundamentação suficiente de todos os argumentos apresentados pela Defesa.

5. Embargos de Declaração não conhecidos’ (fl. 2441).

2. Publicada essa decisão no DJe de 4.12.2014, opôs tempestivamente o Embargante Erodi Antônio Matt, em 5.12.2014, novos embargos de declaração (fls. 2556-2566).

3. No presente recurso, o Embargante Erodi Antônio Matt

reitera as questões aduzidas no anterior embargos, sustentando, em síntese, "(i) a contrariedade ao princípio do venire contra factum proprium e conflito de atribuições entre Órgãos do Poder Público e a Jurisdição; (ii) a ocorrência da prescrição e inexistência de causa interruptiva para a execução da reprimenda; (iii) a falta de condição de punibilidade e de procedibilidade está por demais evidenciada; (iv) a ausência na denúncia e no voto condutor da decisão embargada no tocante à identificação dos Convênios que deram origem ao respectivo Processo Licitatório" (fl. 2557).

Afirma que as "presentes nulidades absolutas - a contrariedade ao princípio do venire contra factum proprium e o conflito federativo de atribuições, com a ocorrência da prescrição e inexistência de causa interruptiva. e a falta de condição de punibilidade e de procedibilidade - do acórdão proferido em "feito de competência do Plenário", deve ser examinada como questão incidente prejudicial, até mesmo porque em razão da relevância da questão jurídica - está dentre as atribuições do relator submeter ao Plenário as "questões de ordem", onde se inserem as presentes questões prejudiciais não abordadas pelo acórdão embargado" (fl. 2560, destaques do original).

4. Este o teor dos pedidos:

'5. Diante do exposto, requer a Vossa Excelência o seguinte:

5.1 que sejam acolhidos os Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Ação Penal nº 565/RO para que seja apreciado pelo Pleno das questões incidentes de prejudicialidade do julgado que merecem reparo para não afastar a jurisdição da defesa e clarear as dúvidas quanto ao direito de recurso e ao trânsito em julgado da presente Ação Penal. Pois fica a dúvida a defesa tem direito ou não ao recurso inerente ao feito, exatamente por não ter ocorrido o trânsito em julgado da Ação Penal e por falta de norma legal o trânsito em julgado de qualquer Ação Penal ocorre quando esgotado o direito ou a vontade da defesa de recorrer do julgado, este reparo é por demais necessário e um benefício pro societate, e para que não cause mais prejuízo ao Embargante:

(i) a contrariedade ao princípio do *venire contra factum proprium* e conflito de atribuições entre Órgãos do Poder Público e a Jurisdição;

(ii) a ocorrência da prescrição e inexistência de causa interruptiva para a execução da reprimenda;

(iii) a falta de condição de punibilidade e de procedibilidade está por demais evidenciada;

(iv) a ausência na denúncia e no voto condutor da decisão embargada no tocante à identificação dos Convênios que deram origem ao respectivo Processo Licitatório.

(v) não fica por aí, há que esclarecer a defesa creio que a sociedade que o julgamento de Colegiados não é causa interruptiva da prescrição;

(vi) como por exemplo o julgamento da presente Ação Penal veio a ocorrer no dia 18/09/2014, como pode dizer que é causa de interrupção da prescrição sem que haja previsão legal ou constitucional ou no RI da Corte se o julgado pende do julgamento de recursos inerentes ao feito.

(vii) o v. acórdão do plenário veio a ser publicado no dia 23 de maio de 2014, surpreendentemente o acórdão se acha datado e nos autos no dia 08/08/2013.

(viii) neste caso, afastou-se a jurisdição da defesa, afrontou o devido processo legal, a amplitude da defesa e o contraditório e a Corte é responsável pela aplicação adequada e de forma imparcial a qualquer cidadão brasileiro, o prejuízo causado à defesa é incalculável. Por isso merece reparo por via dos presentes Declaratórios.

5.2 Ao considerar como início do prazo, no caso da espécie, o trânsito em julgado na data do julgamento da Ação Penal estar-se-ia retirando da defesa o direito mais sagrado que é a sua defesa e a sua liberdade e infringindo de forma inconcebível os direitos humanos previstos na Constituição, por certo cassa-se o direito constitucional do Embargante de buscar a jurisdição.

5.3 Mas se levar em conta o início do -prazo a data da assinatura do acórdão de julgamento da Ação Penal sem medo de errar o Pleno estar-se-ia cassando, também, o direito do

Embargante à amplitude da defesa e o direito ao recurso cabível à espécie, e mais, afasta do Embargante (cidadão) a prestação jurisdicional a que tem direito com imparcialidade;

5.4 Agora, se levar em consideração, o início do -prazo, a data de publicação do acórdão de julgamento da Ação Penal nº 565/RO ocorrida no dia 23/05/2014 a prescrição da pretensão punitiva estatal operou-se no dia 17/09/2013 e este é o caminho da justiça, da correção, do direito, do respeito aos direitos humanos, para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pena.

5.5 que seja apreciada também a questão contraditória e da controvérsia relativamente a união ou reunião de convênios com vista ao respeito ao princípio da anualidade orçamentária. realizar uma única licitação diferente daquela em que foi praticada pelo então Chefe do Poder Executivo e pela Comissão Permanente de Licitação do Município de Rolim de Moura/RO, situação jurídica posta considerando que não existe previsão legal para que o administrador ou o ordenador de despesa faça a reunião ou unificação de contratos ou convênios com objeto de despesa previamente definidos e a impossibilidade de parcelamento do objeto, ausência de previsão legal que fere o princípio da reserva legal;

5.6 por fim, que seja apreciado os presentes Embargos de Declaração no tocante ao fracionamento da despesa como foi colocado no voto condutor, pois na verdade o que se fez ou que a acusação queria era a unificação dos contratos ou dos convênios para a realização de uma única licitação pública, impossibilidade jurídica, pois os objetos são distintos, os órgãos concedentes são diferentes, a data da assinatura dos convênios são diferentes, a liberação do orçamento pelo órgão são datas diferentes, o cronograma de desembolso do financeiro são distintos, o tempo de duração da obra desiguais, a fiscalização de cada obra ou serviço que deve ser feita pelo órgão concedente em conjunto com a municipalidade, a prestação de contas junto aos órgãos concedentes de cada convênio, a prestação de contas pelo Tribunal de Contas dos Municípios e a aprovação das contas

separadamente dos convênios pelo Tribunal de Contas da União, veja bem a conduta praticada pelo Embargante jamais pode ser típica, antijurídica e culpável, pois a conduta praticada pelo Embargante com relação ao certames está correta, contrariedade posta no voto condutor e na peça acusatória, por esse motivo carece da absolvição.

5.7 que seja apreciada como prejudicial do presentes Embargos a obscuridade ou erro de procedibilidade no tocante aos processos licitatórios enumerados pela peça acusatória e adotados pelo voto condutor no que respeita à união ou unificação dos procedimentos administrativos em uma única modalidade de licitação e a inobservância da correlação entre os convênios e os processos licitatórios realizados pela municipalidade em atendimento ao que determina a lei de licitações, os quais não foram considerados como finalidade de um determinado convênio, em consequência acolher os declaratórios para tornar sem efeito o julgado e declarar a absolvição do Embargante, ou ainda, determinar a correção do erro material posto” (fls. 2562-2565, destaques do original)’.
STJ

Acompanho, integralmente, o voto da eminente Relatora, ao rechaçar a pretensão deduzida pelo ora embargante **Erodi Antônio Matt** nos presentes declaratórios, ao fundamento de que se busca, tão somente, indevida rediscussão de matéria já decidida.

De toda sorte, penso ser o caso de se estender ao ora embargante, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal, os mesmos critérios de dosimetria da pena que já favoreceram os demais réus desta ação penal em seus respectivos embargos de declaração, haja vista todos se encontrarem em idêntica situação fático-jurídica.

Como prevaleceu, nesse ponto específico, o voto que proferi no juízo condenatório, sinto-me absolutamente confortável para revisar os critérios de fixação de pena então por mim adotados.

Registro, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer contradição intrínseca na dosimetria da pena, já teve a oportunidade de acolher embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos

AP 565 ED-ED / RO

modificativos, para reduzir a pena imposta (AP nº 470/MG-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13).

Transcrevo, na parte que interessa, o citado voto:

“3.) - Erodi Antonio Matt

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo às devidas considerações para a fixação da pena-base para esse delito.

Inicialmente, quanto à **culpabilidade**, valem as seguintes premissas:

(i) as provas que instruem este processo revelam haver maior censurabilidade do comportamento do agente e maior reprovabilidade de sua conduta. O réu valendo-se de sua condição de vice-presidente da Comissão Municipal de Licitações de Rolim de Moura/RO, aderiu a verdadeiro esquema para beneficiar empresas de parentes e correligionários do Prefeito Municipal, direcionando-lhes com primazia absoluta as licitações para a realização de obras públicas de engenharia no Município, as quais eram contratadas, na grande maioria dos casos, em certames licitatórios do qual apenas os integrantes do grupo beneficiado eram convocados a participar;

(ii) agiu o réu como se seus interesses pessoais estivessem acima de todas as diretrizes e regras traçadas pela lei, visando à sua promoção política (procedimento que se mostrou-se eficaz, tanto que, posteriormente, foi nomeado para cargo análogo no âmbito estadual, graças à eleição de seu mentor para o cargo de governador de estado). O acusado direcionou licitações de obras custeadas por recursos obtidos com emendas parlamentares e por outras fontes próprias do Município a apaniguados e parentes do Chefe do Executivo local, tudo a evidenciar a alta censurabilidade da conduta protagonizada pelo réu.

Antecedentes: não há nos autos prova de situação processual diversa que enseje a exasperação da pena-base do

acusado, de modo que os antecedentes lhe devem ser tidos como favoráveis.

Conduta social e personalidade do agente: a despeito de as peças contidas nos autos não permitirem avaliar, com segurança, o comportamento do agente perante a sociedade e a respectiva personalidade – entendida essa como o conjunto de características pessoais do acusado –, foram essas circunstâncias identificadas como desfavoráveis ao sentenciado. Veio ele, investido de cargo público, a aderir à outorga de contratos públicos a pessoas jurídicas privadas de forma irregular, participando de intrincado esquema para burlar as previsões legais relativas à gestão da coisa pública, a revelar comportamento moral e eticamente reprovável, bem como personalidade deformada e incompatível com as normas de conduta que o homem público comprometido com as nobres funções de que se encontrava investido deve observar.

Motivos do crime: o detido exame das peças dos autos revela que os motivos do crime são ínsitos ao tipo. Para tentar favorecer os interesses particulares de seu mentor e, com isso, auferir vantagem consistente na sua nomeação para cargo público em comissão, não se pejou o réu de frustrar a competitividade nos procedimentos licitatórios na Prefeitura de Rolim de Moura, direcionando a realização de licitações de acordo com os interesses do grupo apadrinhado pelo Prefeito Municipal. Neutros, na espécie, os motivos do crime.

Circunstâncias: no caso, chama a atenção o particularizado modo como o acusado aderiu e codirigiu a prática delitiva, simulando a realização de certames competitivos, motivo pelo qual não posso deixar de considerar, também, como desfavoráveis as circunstâncias da prática delitiva.

Consequências: verifica-se que, embora viciados, os procedimentos licitatórios se aperfeiçoaram por preços de mercado, tendo sido as obras e os serviços realizados, razão pela qual as consequências devem ser tidas como favoráveis ao réu.

Comportamento da vítima: no caso em análise, há de se considerar a inexistência de qualquer participação do ente público no crime contra si perpetrado pelo sentenciado e por seus comparsas.

Presente esse quadro, tenho, para mim, que a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente e as circunstâncias em que cometido o delito, foram desfavoráveis ao sentenciado, motivo pelo qual **fixo a pena-base em dois (2) anos e oito (8) meses de detenção.**

Observo, **in casu**, a inexistência de circunstâncias atenuantes (CP, art. 65) e a inexistência de circunstância agravante a ser considerada, uma vez que incidente, na espécie, agravante específica (Lei nº 8.666/93, art. 84, § 2º), a ensejar aumento da pena em mais um terço (1/3), perfazendo o total de **três (3) anos, seis (6) meses e vinte (20) dias de detenção.**

Nos termos do preceituado no art. 71 do Código Penal, dado que o sentenciado, mediante mais de uma ação, praticou diversos crimes da mesma espécie e que as condições de tempo, lugar, maneira de execução, entre outras, permitem o reconhecimento da continuidade delitiva, é o caso de aplicação da pena imposta a somente uma das infrações, acrescida, no caso, considerado o número de infrações comprovadas, de um terço (1/3), perfazendo o total de **quatro (4) anos, oito (8) meses e vinte e seis (26) dias de detenção.**

Por último, considerando o valor das contratações frustradas descritas na denúncia (R\$ 2.569.020,00, de 1998 a 2001, e R\$ 4.158.215,10, de 2001 a 2002, perfazendo R\$ 6.727.235,30) e o disposto no art. 99 da Lei nº 8.666/93, fixo a multa ao sentenciado (CP, art. 49 e § 1º) em 2% (dois por cento) do valor da vantagem auferível, resultando no importe de R\$ 134.544,70 (cento e trinta e quatro mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos), o qual será monetariamente atualizado a partir da formalização de cada um dos contratos impugnados na denúncia.

(...)

3) - **condeno** o réu **ERODI ANTONIO MATT** à pena de

quatro (4) anos, oito (8) meses e vinte e seis (26) dias de detenção e multa de R\$ 134.544,70 (cento e trinta e quatro mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos), a qual será monetariamente atualizada a partir da formalização de cada um dos contratos impugnados na denúncia e revertida em favor dos cofres municipais (Lei nº 8.666/93, art. 99, § 2º), por infração ao disposto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 71 do Código Penal; **absolvo** o réu da imputação do crime de quadrilha, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Fixo o regime inicial **semiaberto** para o início do cumprimento da reprimenda, nos termos da alínea b do § 2º do art. 33 do CP.

Como se observa, o voto condutor da dosimetria da pena invocou **quatro** vetores desfavoráveis (**culpabilidade, conduta social, personalidade do agente e circunstâncias do crime**).

A culpabilidade, além de pressuposto de imposição da pena, é tomada como fator diretamente relacionado ao grau de intensidade da resposta penal: quanto mais culpável o agente, quanto mais censurável for a sua conduta, maior deverá ser a quantidade da sanção penal (**Fernando Capez. Curso de Direito Penal, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v 1, p. 319-320 e 479**).

A meu sentir, a **culpabilidade** foi adequadamente valorada de forma negativa, com base em elementos fáticos concretos, uma vez que o ora embargante Erodi Antônio Matt

“valendo-se de sua condição de vice-presidente da Comissão Municipal de Licitações de Rolim de Moura/RO, aderiu a verdadeiro estratagem para beneficiar empresas de parentes e correligionários do Prefeito Municipal, direcionando-lhes com primazia absoluta as licitações para a realização de obras públicas de engenharia no Município, as quais eram contratadas, na grande maioria dos casos, em certames licitatórios do qual apenas os integrantes do grupo

beneficiado eram convocados a participar”.

Aduziu-se também que o referido acusado agiu “como se seus interesses pessoais estivessem acima de todas as diretrizes e regras traçadas pela lei, visando à sua promoção política (procedimento que se mostrou-se eficaz, tanto que, posteriormente, foi nomeado para cargo análogo no âmbito estadual, graças à eleição de seu mentor para o cargo de governador de estado)”, vindo a direcionar licitações de obras custeadas por recursos obtidos com emendas parlamentares e por outras fontes próprias do Município a apaniguados e parentes do Chefe do Executivo local, tudo a evidenciar a alta censurabilidade da conduta protagonizada pelo réu”.

Evidente, nesse contexto, o maior grau de reprovabilidade de sua conduta.

As circunstâncias do crime também foram adequadamente consideradas como desfavoráveis, haja vista o “particularizado modo como o acusado aderiu e codirigiu a prática delitiva, simulando a realização de certames competitivos”

Razão assiste ao embargante, porém, quanto à valoração negativa da **conduta social** e da **personalidade** do embargante.

Com efeito, **melhor sopesando a questão**, verifico *bis in idem* nessa valoração negativa, haja vista que o fundamento para a exacerbação da pena-base a esse título derivou do fato de se tratar de agente que

“investido de cargo público, a aderir à outorga de contratos públicos a pessoas jurídicas privadas de forma irregular, participando de intrincado esquema para burlar as previsões legais relativas à gestão da coisa pública, a revelar comportamento moral e eticamente reprovável, bem como personalidade deformada e incompatível com as normas de conduta que o homem público comprometido com as nobres funções de que se encontrava investido deve observar”.

Como se observa, os mesmos elementos pelos quais se entendeu

AP 565 ED-ED / RO

maior a culpabilidade do embargante também justificaram a negatização de sua conduta social e personalidade.

Dessa feita, há que se decotar, da pena-base, a valoração negativa da **conduta social** e da **personalidade**.

A pena mínima cominada ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, de 2 (dois) anos de detenção, foi globalmente majorada de 8 (oito) meses, na primeira fase da dosimetria, à conta de quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Logo, como devem ser decotados dois vetores (conduta social e da personalidade), a pena deve ser fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Outrossim, ainda na primeira fase da dosimetria, consideraram-se favoráveis ao embargante as **consequências** do crime, ao fundamento de que “os procedimentos licitatórios se aperfeiçoaram por preços de mercado, tendo sido as obras e os serviços realizados”, **mas, apesar desse reconhecimento, esse vetor não repercutiu na pena.**

Assim, em razão desse vetor favorável, reduzo de 1 (um) mês a pena-base, fixando-a em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria, foi reconhecida a agravante prevista no art. 84, § 2º, da Lei nº 8.666/93, razão por que deve ser mantido o aumento de 1/3 (um terço) na pena, que ora se eleva a 3 (três) anos de detenção.

No tocante à continuidade delitiva, elegeu-se o percentual de 1/3 (um terço) de aumento, em razão do número de infrações praticadas - sem que se especificasse, neste ponto, a efetiva quantidade de crimes que foi considerada.

Como consignado no julgamento da AP nº 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13, o critério de majoração da pena no crime continuado

“foi estabelecido, de maneira cristalina, em voto longamente fundamentado do Ministro Celso de Mello (fls. 58.548/58.550; 58.667) e **acolhido pela maioria do Plenário, no julgamento do mérito desta ação penal.**

Assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello, no voto acompanhado pela maioria:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:
Proponho, Senhor Presidente, consideradas as divergências registradas a propósito do art. 71 do CP, que dispõe sobre a regra pertinente ao crime continuado, a adoção, por esta Corte, de critério objetivo que tem sido utilizado pelos Tribunais em geral, além de legitimado por autores eminentes. Esse critério objetivo, que se ajusta ao próprio espírito da regra legal em questão e que se mostra compatível com a finalidade benigna subjacente ao instituto do delito continuado, que representa abrandamento do rigor decorrente da cláusula do cúmulo material, apoia-se na relação entre o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal, como abaixo indicado:

NÚMERO DE INFRAÇÕES/FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO

02: um sexto (1/6)

03: um quinto (1/5)

04: um quarto (1/4)

05: um terço (1/3)

06: metade (1/2)

Mais de 06: dois terços (2/3)

(...)

Como se pode perceber, a causa de aumento consubstanciada na **continuidade delitiva** é balizada pela quantidade de crimes praticados, segundo o entendimento pacífico da doutrina.”.

Ora, mesmo que se considerasse o número de objetos fracionados (**seis**), e não o total de licitações por modalidade menos exigente que a devida (**doze**), para fins de acréscimo da pena em razão da continuidade delitiva, estaria plenamente justificada a majoração da pena em 1/3 (um terço).

AP 565 ED-ED / RO

Aliás, a adoção desse critério foi até benéfica ao embargante, haja vista que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as seis infrações deveriam levar ao aumento de 1/2 (metade) da pena, e não apenas de 1/3 (um terço).

Nesse contexto, mantido o aumento de 1/3 (um terço) em razão da continuidade delitiva, a pena privativa de liberdade se torna definitiva em 4 (quatro) anos de detenção.

Em razão do redimensionamento de pena, o regime prisional deverá ser o aberto.

Nos termos do art. 44, § 1º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por **uma pena restritiva de direitos**, consistente em prestação de serviços à comunidade, e **por outra pena de multa**, que mais uma vez fixo, adotados os mesmos critérios já empregados na dosimetria da pena para os fins do art. 99 da Lei nº 8.666/93, em R\$ 134.544,70 (cento e trinta e quatro mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos).

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, pelos mesmos fundamentos adotados pela eminente Relatora.

Nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, reduzo a pena do embargante a 4 (quatro) anos de detenção, em regime aberto, que substituo por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, e por outra pena de multa, no valor de R\$ 134.544,70 (cento e trinta e quatro mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos), mantendo-se, no mais, a sua condenação.

É como voto.