

EMB.DECL. NOS SEGUNDOS 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 Segundos 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. 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. O princípio da congruência ou correlação no processo penal estabelece a necessidade de correspondência entre a exposição dos fatos narrados pela acusação e a sentença, o que foi observado no presente caso, porque todos os procedimentos licitatórios juntados pelo Ministério Público e mencionados no acórdão embargado se referem aos fatos e ao período de tempo descritos na denúncia.

5. Fundamentação suficiente de todos os argumentos

apresentados pela Defesa.

6. *Embargos de Declaração não conhecidos*" (fl. 2480).

2. Publicada essa decisão no DJe de 4.12.2014, opôs tempestivamente o Embargante Ivo Narciso Cassol, em 9.12.2014, novos embargos de declaração (fls. 2573-2595).

3. O Embargante Ivo Narciso Cassol alega que, "*por um equívoco que teve início ao se apregoar o julgamento dos embargos*" (fl. 2576), as matérias aduzidas no primeiro recurso não foram julgadas pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

Afirma que, "*chamado o feito a julgamento, o Ministro Presidente, RICARDO LEWANDOWSKI, anunciou o processo como sendo os segundos embargos de declaração na presente ação penal. Posteriormente esclareceu que haveria na verdade três embargos de declaração, um para cada Réu do processo. Em que pese o Embargante haver se utilizado, até então, de um único declaratório, a forma como foi apregoadado o caso acabou por levar a Relatora a entender que esta defesa se valia dos Embargos de Declaração pela terceira vez, configurando abuso do exercício do direito de defesa. Por esta razão o mencionado recurso não foi sequer conhecido*" (fl. 2577, destaques do original).

Na sequência, reitera as questões aduzidas nos anteriores embargos: *a) ofensa ao princípio da congruência entre denúncia e acórdão; b) legalidade do fracionamento de despesas e redução do número de penalidades; d) alteração de dosimetria das penas com fixação da pena-base e pena provisória nos mínimos legais e a sua substituição por restritivas de direito; e) afastamento da pena de multa ou a redução do seu valor.*

Sustenta ofensa ao princípio da congruência entre a denúncia e o acórdão, porque "*dos doze processos de licitação citados como indevidamente fracionados e, portando, objeto de fraude, oito deles não se encontram descritos na denúncia*" (fl. 2579) e "*o Embargante acabou por condenado por crimes pelos quais não foi denunciado*" (fl. 2580, destaques do original).

Aduz ter sido "*condenado em continuidade delitiva por, supostamente, haver fraudado 12 licitações*" (fl. 2584), porém a

"contradição encontra-se exatamente no fato do Embargante haver sido condenado pelo fracionamento, mas este mesmo critério não ter sido utilizado para a contagem dos crimes praticados" (fl. 2584).

Pondera a existência de contradição na dosimetria das penas, ao argumento de que a pena-base foi majorada *"em face da culpabilidade, conduta social, personalidade e circunstância do crime"* (fl. 2585). Quanto a conduta social e personalidade, *"é contraditório afirmar que as provas dos autos 'não permitem avaliar, com segurança, o comportamento do agente perante a sociedade e a respectiva personalidade' e ao mesmo tempo utilizar essas circunstâncias judiciais para agravar a pena base"* (fl. 2585).

Alega ser *"contraditório, também, aplicação da culpabilidade como circunstância de aumento de pena na primeira fase da dosimetria (aplicação do art. 59 do CP) com a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea 'g' do Código Penal, de haver 'agido com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo.' Isto porque a culpabilidade foi agravada ao argumento de que o Embargante teria se valido de sua condição de Prefeito Municipal de Rolim de Moura"* (fl. 2586).

Busca a aplicação de atenuante genérica e de confissão espontânea, porque *"se o próprio acórdão condenatório afirma que o Embargante teria reconhecido os fundamentos que levaram à sua condenação, e utiliza o seu interrogatório como prova para condená-lo, não resta a menor dúvida que deve ser aplicada a atenuante genérica de confissão espontânea, sob pena de contradição"* (fls. 2589-2590), ressaltando existir contradição na fixação da pena de multa baseada na vantagem envolvida na licitação, porém *"o próprio acórdão reconhece que não houve superfaturamento e as obras foram efetivamente realizadas"* (fl. 2591).

4. Este o teor dos pedidos:

'85. Isto posto, requer sejam providos os presentes embargos de declaração a fim de que sejam os primeiros aclaratórios conhecidos e igualmente providos.

86. Uma vez conhecidos os primeiros embargos opostos, requer seja julgada procedente a questão prejudicial ali

apontada, reconhecendo-se a ocorrência da prescrição.

87. Requer igualmente sejam providos os primeiros Embargos de Declaração, afim de que sejam as omissões integradas, as contradições resolvidas e esclarecidas as dúvidas apontadas.

88. Requer, também, sejam dados efeitos infringentes a fim de que seja reconhecida a contradição apontada no item V desta peça, que acabou por gerar ausência de correlação entre a denúncia e o acórdão condenatório, absolvendo-se o Embargante da imputação de fracionamento das licitações.

89. Requer, também, seja reconhecido que os processos licitatórios n° 218/00, 410/00, 515/00, 516/00, 4410/00, 4339/00, 4393/00 e 4394/00 não se encontram descritos na denúncia, devendo a condenação referente a estes certames ser expurgada do acórdão, sob pena de flagrante violação ao princípio da congruência ou correlação.

90. Acaso se entenda que os processos 515/00, 516/00, 4393/00 e 4394/00 são objeto da denúncia, requer seja reconhecido que o fracionamento não foi indevido, mas sim necessário.

91. Da mesma forma, em relação aos processos licitatórios constantes da denúncia, de números 092/01, 114/01, 182/02 e 183/02, requer seja igualmente reconhecido que o fracionamento não foi indevido, mas sim necessário.

92. Requer, de igual forma, seja reconhecida a contradição apontada no acórdão de que o crime imputado está no fracionamento e não nos processos licitatórios dele resultantes, diminuindo pela metade o número de crimes imputados ao Embargante e, conseqüentemente, aplicando-se o aumento pela continuidade delitiva no limite mínimo de 1/6.

93. No que diz respeito à dosimetria da pena privativa de liberdade, acaso mantida a condenação, requer sejam reconhecidas as contradições e omissões apontadas a fim de que a pena base e provisória do Embargante fique no mínimo legal de dois anos de detenção, aplicando-se sobre ela o aumento mínimo de 1/6 pela continuidade delitiva, fixando-a em definitivo em

dois anos e quatro meses de detenção em regime aberto e substituindo-a por duas penas restritivas de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

94. *Quanto à fixação da pena de multa, requer seja reconhecida a contradição apontada, afim de afastá-la da condenação. Caso assim não se entenda, requer seja ela fixada no percentual mínimo de 2%, em face de todo o exposto quanto a pena de prisão, assim como seja este incidente sobre o valor das licitações pela qual o Embargante vier a ser condenado' (fls. 2593-2595)".*

Ao ver da eminente Relatora, os presentes embargos devem ser rejeitados, uma vez que objetivam, tão somente, indevida rediscussão de matéria já decidida.

Ouso divergir, em parte, de Sua Excelência, especificamente no tocante à dosimetria da pena imposta ao ora embargante **Ivo Narciso Cassol**.

Como prevaleceu, nesse ponto específico, o voto que proferi, sinto-me absolutamente confortável para revisitar os critérios de fixação da pena então por mim adotados.

Registro, preliminarmente, 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 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 voto que então proferi:

"1) - Ivo Narciso Cassol

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo às devidas considerações para a fixação da pena-base relativamente a 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. Trata-se de pessoa que, valendo-se de sua condição de prefeito municipal de Rolim de Moura/RO, engendrou verdadeiro estratagem para beneficiar empresas de parentes e correligionários seus, direcionando-lhes com primazia absoluta as licitações para a realização de obras públicas de engenharia, contratadas, na grande maioria dos casos, em certames licitatórios do qual apenas os integrantes do grupo beneficiado eram convocados a participar;

(ii) O réu agiu como se seus interesses pessoais estivessem acima de todas as diretrizes e regras traçadas pela lei, visando à sua promoção política (procedimento que, inclusive, mostrou-se eficaz, tanto que, posteriormente, foi eleito governador de estado). O acusado direcionou licitações de obras custeadas por recursos obtidos com emendas parlamentares e por outras fontes próprias do Município a seus apaniguados e parentes, tudo a evidenciar a alta censurabilidade da conduta protagonizada pelo réu.

Antecedentes: nesse ponto específico, não há nos autos prova de situação processual diversa que enseje a exasperação da pena-base, de modo que devem ser tidos como favoráveis ao sentenciado.

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 gerir o ente federado como se de uma pessoa jurídica privada se cuidasse, engendrando intrincado esquema para burlar as previsões legais sobre a 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 seus contraparentes e amigos, não se pejou o réu de frustrar a competitividade nos procedimentos licitatórios da Prefeitura de Rolim de Moura, determinando a realização de licitações dirigidas aos interesses do grupo por ele apadrinhados. Neutros, na espécie, os motivos do crime.

Circunstâncias: no caso, chama a atenção o particularizado modo como o acusado dirigiu a prática delitiva, fazendo-o por interpostas pessoas - por ele investidas em cargos da comissão de licitações -, as quais se prestaram a simular a realização de certames competitivos. Em face disso, 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). Considerando a distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa, previstos no sistema constitucional brasileiro, dos agentes políticos e dos demais agentes públicos (Rcl nº 2.138/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ o ac. o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 18/4/2008), entendo inaplicável, na espécie, a causa especial de aumento de pena

AP 565 ED-SEGUNDOS-ED / RO

prevista no § 2º do art. 84 da Lei nº 8.666/93, verificando, contudo, em relação a ele, a existência de circunstância agravante (CP, art. 61, inciso II, g - com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo), razão pela qual aumento a pena de mais um terço (1/3) - mantida aqui a coerência do que decidido em caso similar na AP nº 396/RO, 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 3% (três por cento) do valor da vantagem auferível, resultando no importe de R\$ 201.817,05 (duzentos e um mil, oitocentos e dezessete reais e cinco centavos), o qual será monetariamente atualizado a partir da formalização de cada um dos contratos impugnados na denúncia.

(...)

Julgo, ademais, **parcialmente procedente** a presente ação penal, nos termos seguintes:

1) – **condeno** o réu **IVO NARCISO CASSOL** à pena de **quatro (4) anos, oito (8) meses e vinte e seis (26) dias de detenção e multa de R\$ 201.817,05 (duzentos e um mil, oitocentos e dezessete reais e cinco 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

AP 565 ED-SEGUNDOS-ED / RO

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.

Transitada em julgado a decisão, lance-se o nome do réu no rol de culpados e expeça-se o competente mandado de **prisão**.

Observe-se, finalmente, que, se ainda se encontrar o sentenciado no exercício do cargo parlamentar por ocasião do trânsito em julgado desta decisão, deve-se oficiar à Mesa Diretiva do Senado Federal para que delibere a respeito de eventual perda de seu mandato, em conformidade com o preceituado no art. 55, inciso VI e § 2º, da Constituição Federal”.

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 Ivo Narciso Cassol,

“valendo-se de sua condição de prefeito municipal de Rolim de Moura/RO, engendrou verdadeiro estratagemas para beneficiar empresas de parentes e correligionários seus, direcionando-lhes com primazia absoluta as licitações para a realização de obras públicas de engenharia, contratadas, na

AP 565 ED-SEGUNDOS-ED / RO

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 assim agiu para a “sua promoção política (procedimento que, inclusive, mostrou-se eficaz, tanto que, posteriormente, foi eleito governador de estado)”, e “ainda direcionou licitações de obras custeadas por recursos obtidos com emendas parlamentares e por outras fontes próprias do Município a seus apaniguados e parentes, 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 dirigiu a prática delitiva, fazendo-o por interpostas pessoas - por ele investidas em cargos da comissão de licitações -, as quais se prestaram a simular 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

“investido de cargo público, a gerir o ente federado como se de uma pessoa jurídica privada se cuidasse, engendrando intrincado esquema para burlar as previsões legais sobre a 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-SEGUNDOS-ED / RO

maior a culpabilidade do embargante também justificaram a negatificação 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. 61, inciso II, “g”, do Código Penal (com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo), 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**

juízoamento 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, como pugna o embargante, 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

AP 565 ED-SEGUNDOS-ED / RO

a majoração da pena em 1/3 (um terço).

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 **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\$ 201.817,05 (duzentos e um mil, oitocentos e dezessete reais e cinco centavos).

Ante o exposto, conheço dos embargos de declaração e os acolho em parte, com efeitos modificativos, para reduzir 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\$ 201.817,05 (duzentos e um mil, oitocentos e dezessete reais e cinco centavos), mantendo-se, no mais, a sua condenação.

Quanto às demais questões suscitadas, acompanho a eminente Relatora na rejeição dos embargos.

É como voto.