

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

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

“Embargos de Declaração nos Terceiros 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. 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

suscitados pela Defesa.

6. *Embargos de Declaração não conhecidos'* (fl. 2517).

2. Publicada essa decisão no DJe de 4.12.2014, opôs tempestivamente o Embargante Salomão da Silveira, em 9.12.2014, novos embargos de declaração (fls. 2603-2623).

3. O Embargante Salomão da Silveira reitera as questões aduzidas no anterior embargos, sustentando, em síntese, *a)* ocorrência de prescrição penal; *b)* ofensa ao princípio da correlação entre denúncia e o acórdão condenatório; *c)* legalidade do fracionamento de despesas; *e)* vício na fixação da pena-base.

Afirma a ocorrência de prescrição penal, porque a *"presente ação foi julgada em 7 e 8 de agosto de 2013, ocasião em que se decidiu pela condenação do Embargante pelo crime do art.90 da Lei n. 8.666/90, e o acórdão condenatório foi publicado em 23 de maio de 2014. A Ministra Relatora ressaltou em seu voto que a prescrição foi interrompida na data do julgamento, em contraposição com o que determina o art. 117, inc. IV, do Código Penal, segundo o qual o que interrompe a prescrição e a publicação do acórdão condenatório recorrível"* (fl. 2605, destaques do original).

Sustenta ofensa ao princípio da congruência entre a denúncia e acórdão, porque *"processos administrativos de nº 092/01, 114/01, 182/02 e 183/02, relacionados na tabela acima, são os únicos que constam da inicial do Parquet e foram, também, utilizados na fundamentação da eminente Relatora para condenar o embargante, após a contradita. Os processos de nº 218/00, 410/00, 515/00, 516/00, 4410/00, 4339/00, 4393/00 e 4394/00, por sua vez, utilizados pela Relatora também para fundamentar a condenação, não constam da denúncia do Ministério Público, não tendo sido objeto de contraditório"* (fl. 2610).

Pondera que, ao contrário do reconhecimento pelo acórdão condenatório, não há identidade entres os objetos dos processos licitatórios mencionados no voto condutor (processos ns. 515/00 e 516/00; 4393/00 e 4394/0; 092/2001 e 114/2000; 182/02 e 183/02; 4339/00 e 4410/00; 218/00 e 410/00), o que justificaria a

realização de várias licitações, inexistindo, ainda, fracionamento ilegal de despesas.

Alega contradição na dosimetria das penas, ao argumento de que a *"pena base foi exasperada por estarem presentes três circunstâncias judiciais de incremento da pena estabelecidas no art. 59 do Código Penal, a saber: a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente. (...) Não são, e nem poderiam ser, apenas os fatos atinentes ao mérito que necessitam ser provados, mas aqueles que justificam o incremento da pena. Na inexistência de prova que permita avaliar com exatidão o comportamento do réu e sua personalidade, não parece crível utilizar-se de tais circunstâncias para aumentar a pena base. Não se pode, portanto, utilizar a personalidade do agente como fundamento para agravar a sua pena"* (fl. 2622).

4. Este o teor dos pedidos:

'Diante do exposto, requer sejam conhecidos e providos os presentes embargos, para suprimir as contradições e obscuridades apontadas e corrigir as impropriedades materiais constantes do julgado, atribuindo-se os efeitos infringentes, a fim de que seja reconhecida a improcedência da denúncia nos pontos impugnados, absolvendo-se o embargante, nos termos do art. 386, incs. I e IV do Código de Processo Penal, ou adequando-se a sanção penal imposta' (fl. 2623)".

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 **Salomão da Silveira**.

Como prevaleceu, nesse ponto, 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

AP 565 ED-TERCEIROS-ED / RO

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 citado voto:

2.) - Salomão da Silveira

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. O réu, valendo-se de sua condição de presidente da Comissão Municipal de Licitações de Rolim de Moura/RO, aderiu a verdadeiro estratagema 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) O 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 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 réu 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

réu, de modo que os antecedentes 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 aderir à outorga de contratos públicos a pessoas jurídicas privadas, de forma irregular, participando de 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 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 da Prefeitura de Rolim de Moura, direcionando as 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 incide na espécie agravante específica (Lei nº 8.666/93, art. 84, § 2º), a ensejar o 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.

(...)

Julgo, ademais, **parcialmente procedente** a presente ação

AP 565 ED-TERCEIROS-ED / RO

penal, nos termos seguintes:

(...)

2) - **condeno** o réu **SALOMÃO DA SILVEIRA** 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 Salomão da Silveira

“valendo-se de sua condição de presidente da Comissão Municipal de Licitações de Rolim de Moura/RO, aderiu a verdadeiro estratagema para beneficiar empresas de parentes e correligionários do Prefeito Municipal, direcionando-lhes com primazia absoluta as licitações para a realização de obras

AP 565 ED-TERCEIROS-ED / RO

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 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, [veio] a aderir à outorga de contratos públicos a pessoas jurídicas privadas, de forma irregular, participando de 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

AP 565 ED-TERCEIROS-ED / RO

funções de que se encontrava investido deve observar”.

Como se observa, os mesmos elementos pelos quais se entendeu 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

AP 565 ED-TERCEIROS-ED / RO

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 benígna 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

AP 565 ED-TERCEIROS-ED / RO

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).

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, 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\$ 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.

Quanto às demais questões suscitadas, rejeito os embargos, nos termos do voto da eminente Relatora.

É como voto.