

RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.619 - RJ (2012/0072990-3)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
RECORRENTE : V T
ADVOGADO : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(S)
RECORRENTE : A P C
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE PIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES LICITATÓRIOS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO. PRELIMINARES. REUNIÃO DOS PROCESSOS. CONEXÃO (CPP, ART. 79). DESMEMBRAMENTO DOS FEITOS. FACULDADE. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO MAGISTRADO (CPP, ART. 80). APLICABILIDADE AINDA QUE EM CRIME DE QUADRILHA. PRECEDENTES DO STF. PREJUÍZO EM RAZÃO DO INTERESSE NA PROVA PRODUZIDA PELOS DEMAIS ACUSADOS. RESPOSTA APRESENTADA PELO TRIBUNAL. MATÉRIA, CONTUDO, NÃO IMPUGNADA NO APELO NOBRE. QUESTÃO NÃO CONHECIDA.

1. Nos casos em que a reunião dos processos, mesmo diante da configuração da conexão, torne-se inconveniente, o Juiz da instrução pode se valer da regra contida no artigo 80 do Código de Processo Penal, para manter a separação dos feitos.

2. A separação processual, prevista no art. 80 do CPP, não faz qualquer distinção entre esta ou aquela infração, de modo que a possibilidade de separação, por conveniência da instrução penal, também é aplicável em relação ao crime de quadrilha. Precedentes do STF.

3. Não se conhece de matéria impugnando igualmente a separação do processo, ao argumento de interesse na prova produzida pelos demais acusados, quando, diante da resposta oferecida pelo Tribunal *a quo*, esta não restou refutada. Inteligência da Súmula nº 283 do STF.

PEDIDO DE PROVA PERICIAL NA FASE DE DILIGÊNCIAS (ANTIGO ART. 499 DO CPP). PRECLUSÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL

REGIONAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO RECURSO, ASSIM COMO O FUNDAMENTO MANIFESTADO EM ACRÉSCIMO. VERBETE N. 283 DA SÚMULA DO STF. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

A falta de combate a fundamentos apresentados no acórdão, no sentido da ocorrência da preclusão do pedido e da desnecessidade da prova pericial reclamada, atrai a incidência da Súmula nº 283 do STF.

SUSPEIÇÃO E IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ART. 254 DO CPP. SUPOSTA ANIMOSIDADE E PRECONCEITO EM RELAÇÃO AO RÉU NÃO COMPROVADA. DESCONFIGURAÇÃO DO VÍCIO DA IMPARCIALIDADE. ALARGAMENTO DO ROL PREVISTO NO DISPOSITIVO ANTES CITADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

O discurso empolgado, a utilização de certos termos inapropriados em relação aos réus, além da manifestação de indignação no tocante aos crimes, não configura, por si, causa de suspeição do julgador. Não bastasse, o rol previsto no art. 254 do Código de Processo Penal, segundo a jurisprudência dominante desta Corte, não admite alargamento e interpretação extensiva.

ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 381 DO CPP. CAPÍTULO ESPECÍFICO PARA CADA TESE APRESENTADA. INEXIGÊNCIA DA LEI. MOTIVAÇÃO PRESENTE.

1. A lei processual penal não exige um capítulo específico para cada tese apresentada pela defesa, cabendo ao juiz, para atender o disposto no art. 381 do CPP, demonstrar, em sua fundamentação, os fatos e argumentos pelos quais chegou a conclusão da inexistência de nulidades e da procedência da acusação.

2. Na linha da jurisprudência desta Corte, o juiz, ao apreciar a lide, deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela forma, apontando fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso, porém não é obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que haja encontrado razões suficientes para decidir. Precedentes.

CONCURSO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 90 E 96, INCISO I, DA LEI N. 8.666/93. ALEGADA

OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. DESCONFIGURAÇÃO. TIPOS PENAIS DISTINTOS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.

Tratando-se de tipos penais totalmente distintos, é possível o concurso de crimes, pois o objeto, no tocante ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, é a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, enquanto que na figura penal do art. 96, inciso I, o delinquente, mediante fraude, atinge diretamente a licitação, elevando arbitrariamente os preços, em prejuízo da Fazenda Pública.

ARTS. 2º E 5º DA LEI Nº 9.296/96. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES. VALIDADE DA PROVA DELA DERIVADA. RENOVAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação trazida pela instância ordinária, além de coerente, demonstra, com elementos concretos a complexidade da situação objeto da investigação e a imprescindibilidade da utilização da medida excepcional da interceptação telefônica.

2. Comprovada e demonstrada a impossibilidade de apurar, por outros meios, as atividades ilícitas cometidas por organização criminosa, está satisfeita a exigência prevista no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.292/96 e autoriza a interceptação das comunicações telefônicas.

3. A quebra do sigilo telefônico exige, também, que hajam indícios de autoria e que o crime investigado seja apenado com reclusão.

4. O E. Supremo Tribunal Federal já proclamou que é "*possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua.*" (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05).

DOSIMETRIA DA PENA. HIPÓTESE DE ERRO OU ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ESTA CORTE. PENA-BASE MAJORADA INDEVIDAMENTE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MOTIVO TORPE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA.

1. A jurisprudência firmada por esta Corte é no sentido de que somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade, prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em

flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, pode o STJ reexaminar o *decisum* em tal aspecto, conforme observou-se no caso.

2. Configura motivo torpe a conduta daquele que, mesmo sabendo da penúria observada no sistema de saúde do país, se locupleta em detrimento dele.

CRIME CONTINUADO E CONCURSO FORMAL. DELITO DO ART. 96, I, DA LEI N.º 8.666/93 QUE NÃO INTEGROU O NEXO DE CONTINUIDADE DELITIVA DOS CRIMES DO ART. 90 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. SITUAÇÃO DIFERENCIADA. INAPLICABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. POSSIBILIDADE DA CONCOMITÂNCIA DOS DOIS AUMENTOS DE PENA.

1. A longeva jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal indica que, configurado o concurso formal **entre dois dos crimes integrantes do nexo de continuidade** delitiva, apenas um aumento de pena - o do crime continuado - deve prevalecer.

2. Na espécie, a ficção do crime continuado se observou entre os delitos de **frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório** (art. 90), cometido por nove vezes, enquanto que o concurso ideal se verificou em uma destas condutas, com o cometimento, também, do crime de **fraudar a licitação, elevando arbitrariamente os preços** (art. 96, I), de modo que, não é, absolutamente, a situação em que a jurisprudência do STF e do STJ rejeitam a concomitância das duas figuras, pois o crime que permitiu a caracterização do concurso formal não integrou o nexo de continuidade.

CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA. PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE. CONFIGURAÇÃO. CONCLUSÃO DIVERSA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DEMANDARIA REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DESTA CORTE.

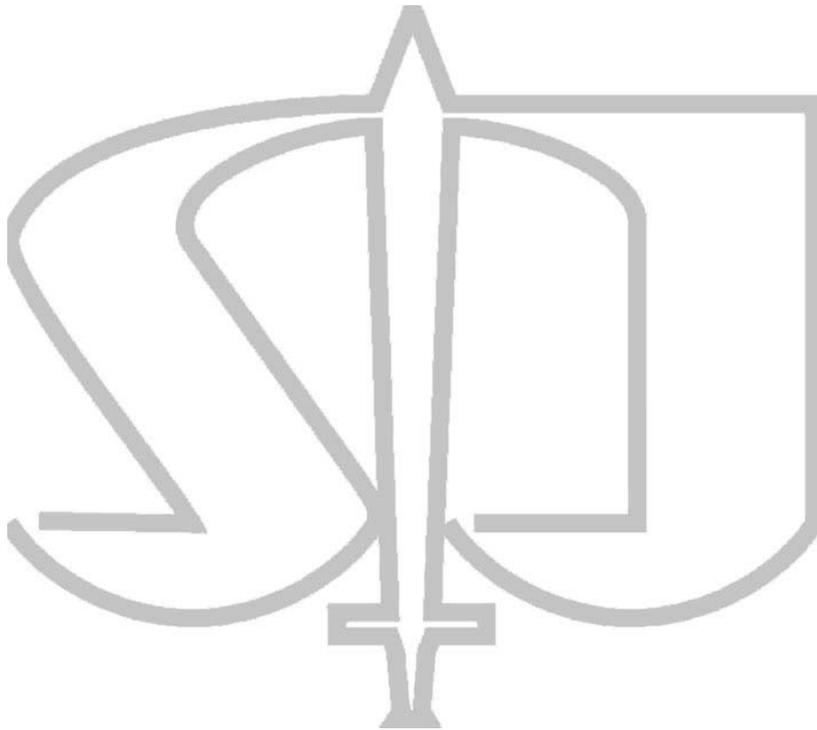
Concluindo a instância ordinária, com base na prova colhida, da prática do crime de corrupção ativa qualificada, observação diversa ensejaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível de ser feito, em razão do contido no verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA. EQUIPARAÇÃO AO CONCEITO DE LEI FEDERAL.

INADMISSIBILIDADE. TEMA NÃO CONHECIDO.

A alegação de ofensa à súmula do Supremo Tribunal Federal não se enquadra no disposto no art. 105, inciso III, alínea "a", permissivo constitucional invocado no apelo especial, que fala em "*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*", em cujo rol não se enquadra, absolutamente, a súmula apontada como violada.

RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA REDIMENSIONAR AS PENAS.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em conhecer parcialmente dos recursos e, nessa parte, deu-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou parcialmente vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.619 - RJ (2012/0072990-3)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
RECORRENTE : V T
ADVOGADO : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(S)
RECORRENTE : A P C
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE PIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):

Trata-se de recursos especiais, interpostos por Vittorio Tedeschi (fls. 8.719-8.767/STJ) e Altineu Pires Coutinho (fls. 8.800/8.878-STJ), com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que deu parcial provimento aos recursos de apelação por eles manifestados, assim ementado:

"PENAL E PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. CRIMES CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. CORRUPÇÃO ATIVA. QUADRILHA. COMPROVAÇÃO.

1. Para o afastamento do sigilo telefônico, foram mencionados indícios da atuação dos acusados em quadrilha voltada para fraudes em licitações elaboradas por diversos Estados da Federação, de maneira a atender o art. 2º, III, da Lei n. 9.296/96, à vista de apurações anteriores, na denominada 'Operação Vampiro'.

2. O afastamento da interceptação telefônica pode levar à constatação de outros crimes (além do previsto no art. 288 do CP, com base no qual houve a decretação da medida), sendo válida a interceptação como meio de prova para os outros delitos, mesmo os apenados com detenção, tendo em vista que todos esses crimes estavam insertos na finalidade da investigação.

3. No caso, apurava-se a existência de uma quadrilha

Superior Tribunal de Justiça

supostamente formada para fraudar licitações, o que acabou levando a autoridade policial a descobrir a suposta prática de crimes de corrupção e de alguns delitos previstos na Lei n. 8.666/93, todos eles cometidos no mesmo contexto da quadrilha, de modo a revelar a total regularidade da interceptação telefônica como meio de prova desses crimes.

4. Como o momento em que foi decretado o afastamento do sigilo telefônico era ainda de investigação (e não de acusação), não havia necessidade da descrição minuciosa dos crimes investigados, já que ainda era preciso se aprofundar sobre a prática dos fatos e sua autoria, e por isso mesmo, surgiu a interceptação como meio imprescindível de investigação. Ausência de afronta ao art. 2º, parágrafo único da Lei n. 9296/96 ou ao art. 5º, XII da CF/88. Entretanto, ficou evidenciada a situação específica a ser investigada, qual seja, a existência de uma quadrilha bem estruturada para fraudar licitações no INTO, cujas apurações já andavam em âmbito administrativo.

5. O art. 2º, II da Lei n. 9.296/96 não exige a produção prévia de outros meios de prova como requisito para a decretação da interceptação telefônica. O dispositivo refere-se à inexistência de outros meios de prova, evidentemente, de outros meios eficazes de produção de prova sobre os fatos investigados no caso concreto.

6. Em crimes como o de associação criminosa, noticiado pela autoridade policial, a interceptação telefônica representa, muitas das vezes, o único instrumento eficaz para obtenção de indícios de autoria e do conhecimento acerca da extensão dos ilícitos eventualmente perpetrados pela mesma, elementos imprescindíveis à propositura da ação penal, mas que não precisam estar definidos, no início da fase policial, até porque o escopo do inquérito é exatamente o de apurar autoria e materialidade com o fito de servir de lastro a uma eventual denúncia. No bojo da investigação, havia notícia de que os crimes estariam sendo praticados por quadrilha formada por pessoas do alto escalão da sociedade e do governo, de maneira bem estruturada e em atuação há mais de uma década. Logo, não havia outro meio de prova capaz de desarticular tal quadrilha, a não ser a interceptação telefônica.

7. No tocante às sucessivas prorrogações, cabe destacar que o art.

Superior Tribunal de Justiça

5º da Lei n. 9.296/96, em sua parte final, dispõe que a diligência poderá ser renovada pelo prazo de 15 (quinze) dias - igual ao prazo máximo da primeira concessão - desde que comprovado que a medida é imprescindível para a prova do fato.

8. O que delimita o número de prorrogações possíveis é a demonstração de que a medida é imprescindível para a prova do fato, o que, a princípio, em crimes que se cometem com habitualidade, permanência, estabilidade e/ou continuidade, sempre se verifica presente, dado que em tais casos, os atos de consumação se espalham no tempo e não se revelam em apenas um dado instante, às vezes nem mesmo em alguns dias.

9. Os indícios de atuação no injusto, efetivamente narrados na extensa e detalhada denúncia, são bem suficientes, para a deflagração da ação penal e têm por base elementos concretos extraídos das investigações. Aliás, a narrativa foi muito coerente com a trama delituosa e com o papel de cada um dos integrantes da suposta quadrilha, de maneira que a denúncia nada possui de genérica. Quanto à autoria, a coerência da narrativa advém do papel de maior relevância nos crimes por parte do agente, sempre procurando se distanciar da execução dos injustos, deixando para seus subordinados o papel de executores, embora fosse o maior beneficiado com os crimes em tese.

10. Na fase do art. 499 do CPP, como fundamentado pelo Juiz de Primeiro Grau, podem ser requeridas as diligências reputadas imprescindíveis para o esclarecimento de fatos controvertidos surgidos no curso da instrução processual e não em momento anterior, cuja oportunidade para requerimentos precluiu com a apresentação das alegações preliminares.

11. Mesmo quando ocorre postulação da prova em momento oportuno, tudo dando a crer que não possui caráter protelatório, há, ainda, que se aferir da pertinência da realização da prova, à vista do objeto da causa, para que também se procure adequá-la aos princípios da economia e da celeridade processuais, que repudiam a realização de provas desnecessárias e, impertinentes, com custos para os órgãos públicos e para a jurisdição.

12. A ausência de constatação de irregularidade em seara administrativa não tem o condão de vincular a esfera penal, face à autonomia e independência entre as duas esferas. É curial a ideia

de que são relativamente independentes as esferas administrativa, cível e penal. A superposição de círculos de ilicitude, por si só, já demonstra esta assertiva, na medida em que todo ilícito penal será um ilícito civil e administrativo, gerando repercussões nesses dois âmbitos, em termos de indenizações e medidas disciplinares, assim como fará coisa julgada no cível a sentença penal que reconheça causas de exclusão da antijuridicidade (arts. 63 e 65 do CPP). Mas as questões voltadas ao campo da ilicitude penal serão mais bem avaliadas na seara do processo penal, onde vigoram princípios mais amplos de proteção ao indivíduo e de apuração do fato delituoso através da busca da verdade real.

13. É possível o desmembramento do feito por serem alguns réus presos, com fulcro no art. 80 do CPP. Não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia quando, antes de implementado o desmembramento, um desses acusados tenha sido solto e, por isso, revogado o despacho de desmembramento apenas quanto a ele. A posterior soltura dos demais réus presos, depois de efetuado o desmembramento, não determina o fim do desmembramento e o retomo dos acusados ao pólo passivo dos autos originários.

14. O fato de serem os crimes de quadrilha e corrupção de concurso necessário não acarreta o julgamento conjunto, nem prejulgamento dos acusados que integram os autos principais. Ocorre que, por força de disposição legal, inserta no art. 80 do CPP, além de reconhecimento jurisprudencial, os processos podem ser separados pelo excessivo número de acusados, ou para não prolongar a prisão provisória (caso presente), ou ainda por motivo relevante que o juiz repute conveniente à separação.

15. A atuação do Juízo nas medidas cautelares e no curso da instrução não acarreta impedimento ou suspeição, o que não encontra arrimo na lei, sendo os arts. 252 e 254 do CPP carentes quanto ao impedimento e à suspeição aventada, qual seja, de atuação do Magistrado, no processo, no mesmo Grau de Jurisdição.

16. O Juiz competente pela distribuição ou pela prevenção, ao determinar medidas para acautelar o processo - como a prisão temporária e preventiva - ou para possibilitar a produção de provas imprescindíveis à elucidação dos fatos - como a interceptação telefônica - está no exercício regular de sua

competência jurisdicional.

17. Os adjetivos utilizados pelo juízo a quo, na sentença, acerca dos acusados e algumas atuações de suas defesas, não tem o condão de revelar parcialidade no julgamento até porque foi adjetivada a conduta em convergência com a fundamentação e com a conclusão a qual o Juízo chegou na sentença, sem uma demonstração de parcialidade prévia ao julgamento. A hipótese não se enquadra no art. 252 do CPP, não podendo as defesas recusarem o juiz por discordarem das palavras por ele utilizadas para a condenação.

18. O juiz fundamentou suficientemente sua sentença e atendeu plenamente ao art. 381 do CPP, demonstrando em sua fundamentação, os fatos e fundamentos pelos quais chegou à conclusão de inexistência de nulidades e de necessidade de condenação dos apelantes. Não é preciso mencionar um capítulo específico para cada tese aventada pela defesa, o que evidentemente não é exigido em qualquer dispositivo constitucional ou legal.

19. Para configurar o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93, há necessidade de que a manobra do concorrente frustrate ou venha a fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Contudo, não é preciso demonstrar a ocorrência de prejuízo econômico para a Administração, pois não é ele elemento material do tipo e, assim, basta que se demonstre que o ajuste, a combinação ou outro expediente excluiu eventual candidato ou preordenou o resultado entre os concorrentes. Basta a apresentação da fraude à Administração Pública, para que esteja consumado o crime, pois a finalidade do agente é de lucro com a adjudicação do objeto da licitação.

20. No art. 96, inciso I, da Lei n. 8.666/93, é preciso demonstrar o prejuízo sofrido pela Administração Pública para a caracterização do injusto. Isso porque o prejuízo integra o tipo e o crime somente se consuma com o efetivo pagamento (se parcelado, basta a primeira parcela).

21. Existe a possibilidade de concurso dos crimes previstos no art. 90 e no art. 96, I, da Lei n. 8.666/93. No art. 90, a fraude atinge o caráter competitivo do certame, enquanto no art. 96, I, a fraude à licitação se dá mediante a conduta vinculada de elevação dos

Superior Tribunal de Justiça

preços arbitrariamente. Ou seja, no art. 90, combina-se e exclui-se a concorrência para que empresa predeterminada ganhe a licitação (provavelmente com pagamento de comissão ao vencido); no art. 96, I, além disso, o ganho ainda advém do superfaturamento.

22. Comprovada a ocorrência de fraudes, com frustração do caráter competitivo, em diversas licitações públicas, por determinação dos acusados, bem como o pagamento de vantagem indevida a servidores públicos para que fossem elaborados atos de ofício que beneficiassem as respectivas empresas.

23. A relação estável e estruturada, com papéis bem definidos (sendo os acusados os líderes dos demais), de várias pessoas (mais de quatro) com a finalidade de praticar diversos crimes, caracteriza o crime de quadrilha.

24. O perdimento de bens é efeito acessório da sentença condenatória e está restrito ao quantum do produto ou proveito do crime. A ação penal condenatória tem objeto estranho a precisa liquidação do valor do produto e do proveito do crime, quando este esteja envolto em complexa definição, como é o caso, em que se está diante de uma série de contratos de licitação fraudados, com preços diversos, alguns envolvendo inclusive moeda estrangeira, como se tem notícia em vários documentos do processo.

25. Seja como for, é certo que os acusados obtiveram vantagens com os crimes perpetrados, de modo que foi aplicado o perdimento de bens, cujos valores deverão ser liquidados em execução deste efeito acessório da sentença condenatória, correspondendo àquilo que foi ganho ilícito derivado dos crimes ora julgados.

26. Parcial provimento dos recursos" (fls. 8.388-8.393/STJ).

Opostos cinco embargos de declaração, os quatro primeiros foram parcialmente acolhidos e o último rejeitado (fls. 8.549-8.573/STJ, 8.602-8.611/STJ e 8.633-8.696/STJ).

O primeiro recorrente, Vittorio Tedeschi, aponta ofensa aos arts. 29, 59, 61, 71 e 333, parágrafo único, todos do Código Penal, arts. 79, 158 e seguintes e 254, inciso I, do Código de Processo Penal, art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e art. 2º, inciso II, 5º da Lei n. 9.296/1996.

Sustenta, inicialmente, a suspeição do juiz sentenciante, porque

Superior Tribunal de Justiça

ficou demonstrado, ao longo da decisão, um inaceitável *animus* preconceituoso em relação ao recorrente, da qual pode se inferir uma predisposição desfavorável e certa animosidade, já que o julgador chegou a se referir ao recorrente como "*bandido travestido de empresário*" e "*criminoso*", e teria confessado que seu espírito era de promover a justiça com a dosimetria de seus valores pessoais e não pelos ditames legais. Defende, por isso, o alargamento do rol previsto no art. 254, inciso I, do CPP, para que se reconheça que uma manifestação como tal pode viciar a imparcialidade do julgamento.

Alega, de outra parte, que o desmembramento do processo foi realizado sem qualquer motivo que o autorizasse e trouxe evidente prejuízo para a defesa, na medida em que não permitiu a colheita da prova num único conjunto processual. Argumenta, também, que, após a sua soltura, por decisão do STJ, para que respondesse ao processo em liberdade, deveria ter havido a reunião dos processos, até porque o fato de existirem vários outros réus não seria suficiente para manter a separação.

Noutro giro, aduz que o processo deve ser anulado, uma vez que o juiz indeferiu a realização de diligências objetivando a efetivação de perícias, que comprovariam o prejuízo causado aos cofres públicos e o valor do alegado superfaturamento, bem como provaria que o patrimônio do recorrente foi formado muitos anos antes dos fatos narrados na denúncia e demonstraria que o sequestro dos seus bens e de seus familiares importa em medida arbitrária e ilegal.

Assevera, ainda, que é indevida a condenação pelo crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, "*eis que o próprio Juízo sentenciante esclareceu, sem deixar margem de dúvidas, de que este artigo não se refere às vendas de mercadorias e insumos, sendo que, neste caso, além da inadequação típica, haveria o bis in idem diante do inciso I, do art. 96, da mesma Lei*" (fl. 8.742/STJ, destaques do original), já que, pelo princípio da alternatividade, nos crimes de ação múltipla, ou de conteúdo variado, só é punida uma conduta criminosa, embora o imputado pudesse ter incidido em dois ou mais tipos, por serem fases do mesmo alegado crime.

Acrescenta que "*os artigos 90 e 96 da Lei de Licitações, ao mencionar a fraude, eles embutem em si mesmos o objetivo de auferir ganhos*" e o "*que os diferencia, é que, pela sua especialidade, o artigo 96 destina-se aos casos de venda de produtos, via majoração de preços - inciso I -, cuja consequência seria o alegado prejuízo ao Erário*". Conclui, assim, dizendo que "*a imputação pelo artigo 90, sob a alegação de auferir ganhos, seria*

Superior Tribunal de Justiça

absorvida pelo artigo 96, inciso I, da mesma Lei, o que retiraria a ora combatida ocorrência do bis in idem" (fl. 8.743/STJ).

Insurge-se, também, contra as penas aplicadas ao recorrente, afirmando que não houve a devida fundamentação e a correta individualização, considerando que, na fixação da pena-base, o resultado do exame das circunstâncias judiciais não autorizam o grande distanciamento do mínimo legal, como fez a sentença e o acórdão que a confirmou, porque ambos ignoraram as modulares do art. 59 do Código Penal, além de ter havido a aplicação de agravantes legais inexistentes.

No tocante a pena-base do crime do art. 90 da Lei das Licitações, diz que o magistrado singular examinou a primariedade do recorrente e ignorou por completo todas as sete circunstâncias judiciais restantes, razão pela qual elas devem ser consideradas favoráveis ao sentenciado, além de acrescentar, que, ao valorar como circunstância judicial o fato de o recorrente ter contribuído de forma relevante para o delito, ignorou que esse aspecto "*é o resultado da ação praticada que integra o próprio tipo penal, fundamentador da pena cominada abstratamente*" (fl. 8.746/STJ).

Aduz, ainda, que, na segunda fase do cálculo da pena, o julgador considerou, como circunstância agravante, o motivo torpe com que o comportamento foi praticado, ou seja, levou em consideração para aumentar a pena, em verdade, o intuito de obter vantagem, que é "*o fim especial do tipo, que é a finalidade especial da própria conduta incriminada (sem a qual a conduta seria atípica), cuja punição já se encontra prevista nos limites mínimo e máximo do cominado ao tipo penal*" (fl. 8.747/STJ, destaque do original), incorrendo, portanto, em *bis in idem*, dobrando a punição pelo mesmo fato, com a complementação de que é uma "*heresia jurídica qualificar o fim especial da ação*" (fl. 8.747/STJ) como motivo torpe.

Afirma que não se caracterizou a agravante do art. 62, inciso I, do Código Penal, porque não existe nos autos qualquer comprovação de que o recorrente tenha dirigido a atividade dos demais denunciados e tampouco constou em que consistiria tal comportamento e que, na última fase, a pena foi elevada de metade (1/2), pela continuidade delitiva, o que importa em valoração dupla do mesmo fato, qual seja, a contribuição relevante do recorrente.

Quanto ao crime do art. 96, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, o recorrente sustenta que o juiz, não poderia ter reiterado os termos do exame efetivado em relação ao crime anterior (art. 90), além de ter reconhecido

agravantes inexistentes.

Para encerrar o tema relativo a dosimetria da pena, o recorrente alega que a reprimenda pelos crimes dos arts. 333, parágrafo único e 288 do Código Penal, deu-se também, sem qualquer fundamentação individualização, com o mesmo equívoco no tocante às agravantes.

Ressaltou, por fim, que o julgador mostrou-se inconformado com o sistema de aplicação de penas, com a política de sanções alternativas e, fundamentalmente, com as cominadas a determinadas infrações, que, na sua opinião, deveriam ser mais graves, o que, segundo ele, importara em ofensa, por analogia, ao disposto no enunciado nº 718 da Súmula do STF.

De outro norte, afirma que foi indevida a condenação pelo crime descrito no parágrafo único do art. 333 do Código Penal, porque "*a culpabilidade deste Recorrente se deu por meio dedutivo, como conclusão 'lógica', pelo fato de que ele supostamente teria conhecimento dos fatos em tela*" (fl. 8.757/STJ), ou seja, não foram observadas as características do tipo, em que "*devem coexistir os elementos objetivos, subjetivos e normativos, sem os quais, simultaneamente, acarreta na atipicidade da conduta*" (fl. 8.758/STJ, destaque o original).

Acrescenta, ainda, que a condenação ocorreu sem qualquer base probatória da ação direta exigida pelo tipo penal, o que acarreta a sua atipicidade, e, mesmo que se cogitasse da participação do recorrente, o art. 29 do Código Penal teria sido desrespeitado, "*posto que a alegada participação deste seria apenas e tão somente o de ter conhecimento dos fatos alegados*" (fl. 8.758-STJ, destaque do original).

Argumenta que o Código Penal, em seu art. 29, quando fala em "*na medida de sua culpabilidade*", está dizendo que o Juiz deve apreciar, profundamente, os motivos que teriam levado o ora recorrente a tomar parte do delito, e que o tipo penal do art. 333 do mesmo diploma legal não prevê a forma de concurso descrita na denúncia, de modo que, "*ou foi ele o agente supostamente corruptor, com as necessárias provas, ou não foi*" (fl. 8.758/STJ).

Afirma, ainda, quanto ao crime de corrupção ativa, que está claro na denúncia que "*a ação teria se dado para propiciar a fraude às licitações, ou seja, a alegada corrupção teve como objetivo a prática das condutas de frustrar a competitividade da licitação e de fraudar-lhe o preço*" (fl. 8.761-STJ, destaque do original), e, em assim sendo, o crime de corrupção ativa, se existente, estaria claramente absorvido pelos supostos delitos, dos

quais, aquele foi simples meio executivo, de sorte que deve ser aplicado o princípio da consunção.

Acrescenta, considerando o teor do art. 69 do Código Penal, que o acórdão negou vigência a esse dispositivo, "*ao manter a condenação do recorrente pelo crime de corrupção, que não constitui ação autônoma, mas simples meio de execução do crime – único – de fraude licitatória*" (fl. 8.761/STJ), de modo que pugna pelo reconhecimento da existência da figura da continuidade delitiva, aplicando-se, no que couber, os preceitos do art. 71 da mesma legislação.

Argumenta, ainda, que a prova que deu suporte às condenações foi a interceptação telefônica, a qual foi autorizada sem observância dos requisitos legais, o que torna a prova ilícita, vez que esta não era a única disponível, considerando que os crimes licitatórios deixam vestígios, além de falar que as várias renovações foram autorizadas sem a devida fundamentação.

O segundo recorrente, Altineu Pires Coutinho, alega violação aos arts. 2º e 5º da Lei n. 9.296/1996, arts. 79, 82 e 381, inciso III, do Código de Processo Penal e art. 59 do Código Penal.

Sustenta, inicialmente, que a medida cautelar que autorizou a interceptação telefônica não está fundamentada e não preencheu os requisitos legais autorizadores, e que a investigação criminal não poderia ter sido iniciada com a quebra de tal sigilo, mas mediante investigação prévia no bojo do inquérito, razão porque pede a decretação da nulidade de tal prova e a que dela derivou.

Ainda em relação a interceptação telefônica, alega que esta não poderia exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova, o que não se verificou no caso em tela, em que elas se estenderam por quase um ano, através de autorizações baseadas em argumentação genérica e sem a demonstração de circunstâncias concretas que a justificassem.

Reclama, na seqüência, do desmembramento do feito em relação aos réus presos - Vittorio Tedeschi, o ora recorrente e Marcelo Cortes Freitas Coutinho - com base no art. 80 do Código de Processo Penal, dizendo que a providência adotada em relação a este último réu, quando teve a sua prisão revogada, de reintegrá-lo aos autos principais, deveria ter sido observada com os demais.

Argumenta, ainda, que os motivos que indeferiram o retorno do

Superior Tribunal de Justiça

recorrente e do corréu Vittorio ao processo original, quais sejam, o fato deles terem sido colocados em liberdade sob condições que implicavam em restrição e por estarem os autos, naquela altura, em fases distintas, mostram-se insubsistentes com a realidade fática e com as normas processuais que regem a matéria. É que o termo "*réu preso*", contido, segundo ele, na regra do art. 80 do CPP, não se confunde com liberdade com restrições, bem como que não havia que se falar em fases distintas, uma vez que, entre a data de intimação para as defesas se manifestarem em diligências e a soltura do recorrente, transcorreram apenas três dias, e, além disso, o juiz não havia examinado ainda os pedidos de diligências formulados pelas defesas.

Acrescenta que não haveria motivo legal que impedisse a nova reunião dos processos, após a soltura do ora recorrente, bem como aduz que houve prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, porque o desmembramento obstou a coleta de provas em um único contexto.

Assevera, ademais, que a sentença deixou de analisar relevantes teses defensivas, especialmente relativas aos vícios da interceptação telefônica, cerceamento de defesa decorrente do desmembramento do feito, ausência de caracterização do delito de quadrilha e inocorrência de fraude nos certames, o que configura ofensa ao art. 381 do CPP.

Por fim, diz que o juiz procurou justificar a majoração das penas com base em frases de efeito ou discursos ideológicos, hipóteses que não estão contidas nas circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, com a complementação de que a reprimenda foi exasperada com fundamento em fatos ínsitos aos tipos penais pelos quais se deu a condenação, o que configura o *bis in idem*.

Ainda sobre a sanção, arremata, argumentando que "*se o legislador tipificou no art. 90 a conduta de quem, mediante fraude ou ajuste, comprometa ao caráter competitivo da licitação, não pode o julgador utilizar-se, como, in casu, dos mesmos critérios para elevar a pena-base do acusado*" (fl. 8.874/STJ).

Contrarrazões dos recursos especiais (fls. 8.929-8.953/STJ e 8.981 e 9.019/STJ).

O Ministério Público Federal, no parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Alcides Martins, opinou pelo conhecimento e improvemento dos recursos especiais (fls. 9.162-9.176/STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.619 - RJ (2012/0072990-3)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
RECORRENTE : V T
ADVOGADO : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(S)
RECORRENTE : A P C
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE PIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES LICITATÓRIOS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO. PRELIMINARES. REUNIÃO DOS PROCESSOS. CONEXÃO (CPP, ART. 79). DESMEMBRAMENTO DOS FEITOS. FACULDADE. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO MAGISTRADO (CPP, ART. 80). APLICABILIDADE AINDA QUE EM CRIME DE QUADRILHA. PRECEDENTES DO STF. PREJUÍZO EM RAZÃO DO INTERESSE NA PROVA PRODUZIDA PELOS DEMAIS ACUSADOS. RESPOSTA APRESENTADA PELO TRIBUNAL. MATÉRIA, CONTUDO, NÃO IMPUGNADA NO APELO NOBRE. QUESTÃO NÃO CONHECIDA.

1. Nos casos em que a reunião dos processos, mesmo diante da configuração da conexão, torne-se inconveniente, o Juiz da instrução pode se valer da regra contida no artigo 80 do Código de Processo Penal, para manter a separação dos feitos.

2. A separação processual, prevista no art. 80 do CPP, não faz qualquer distinção entre esta ou aquela infração, de modo que a possibilidade de separação, por conveniência da instrução penal, também é aplicável em relação ao crime de quadrilha. Precedentes do STF.

3. Não se conhece de matéria impugnando igualmente a separação do processo, ao argumento de interesse na prova produzida pelos demais acusados, quando, diante da resposta oferecida pelo Tribunal *a quo*, esta não restou refutada. Inteligência da Súmula nº 283 do STF.

PEDIDO DE PROVA PERICIAL NA FASE DE DILIGÊNCIAS (ANTIGO ART. 499 DO CPP). PRECLUSÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL

REGIONAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO RECURSO, ASSIM COMO O FUNDAMENTO MANIFESTADO EM ACRÉSCIMO. VERBETE N. 283 DA SÚMULA DO STF. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

A falta de combate a fundamentos apresentados no acórdão, no sentido da ocorrência da preclusão do pedido e da desnecessidade da prova pericial reclamada, atrai a incidência da Súmula nº 283 do STF.

SUSPEIÇÃO E IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ART. 254 DO CPP. SUPOSTA ANIMOSIDADE E PRECONCEITO EM RELAÇÃO AO RÉU NÃO COMPROVADA. DESCONFIGURAÇÃO DO VÍCIO DA IMPARCIALIDADE. ALARGAMENTO DO ROL PREVISTO NO DISPOSITIVO ANTES CITADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

O discurso empolgado, a utilização de certos termos inapropriados em relação aos réus, além da manifestação de indignação no tocante aos crimes, não configura, por si, causa de suspeição do julgador. Não bastasse, o rol previsto no art. 254 do Código de Processo Penal, segundo a jurisprudência dominante desta Corte, não admite alargamento e interpretação extensiva.

ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 381 DO CPP. CAPÍTULO ESPECÍFICO PARA CADA TESE APRESENTADA. INEXIGÊNCIA DA LEI. MOTIVAÇÃO PRESENTE.

1. A lei processual penal não exige um capítulo específico para cada tese apresentada pela defesa, cabendo ao juiz, para atender o disposto no art. 381 do CPP, demonstrar, em sua fundamentação, os fatos e argumentos pelos quais chegou a conclusão da inexistência de nulidades e da procedência da acusação.

2. Na linha da jurisprudência desta Corte, o juiz, ao apreciar a lide, deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela forma, apontando fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso, porém não é obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que haja encontrado razões suficientes para decidir. Precedentes.

CONCURSO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 90 E 96, INCISO I, DA LEI N. 8.666/93. ALEGADA

OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.
DESCONFIGURAÇÃO. TIPOS PENAIS DISTINTOS.
POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.

Tratando-se de tipos penais totalmente distintos, é possível o concurso de crimes, pois o objeto, no tocante ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, é a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, enquanto que na figura penal do art. 96, inciso I, o delinquente, mediante fraude, atinge diretamente a licitação, elevando arbitrariamente os preços, em prejuízo da Fazenda Pública.

ARTS. 2º E 5º DA LEI Nº 9.296/96. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES. VALIDADE DA PROVA DELA DERIVADA. RENOVAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação trazida pela instância ordinária, além de coerente, demonstra, com elementos concretos a complexidade da situação objeto da investigação e a imprescindibilidade da utilização da medida excepcional da interceptação telefônica.

2. Comprovada e demonstrada a impossibilidade de apurar, por outros meios, as atividades ilícitas cometidas por organização criminosa, está satisfeita a exigência prevista no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.292/96 e autoriza a interceptação das comunicações telefônicas.

3. A quebra do sigilo telefônico exige, também, que hajam indícios de autoria e que o crime investigado seja apenado com reclusão.

4. O E. Supremo Tribunal Federal já proclamou que é "*possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua.*" (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05).

DOSIMETRIA DA PENA. HIPÓTESE DE ERRO OU ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ESTA CORTE. PENA-BASE MAJORADA INDEVIDAMENTE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MOTIVO TORPE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA.

1. A jurisprudência firmada por esta Corte é no sentido de que somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade, prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em

flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, pode o STJ reexaminar o *decisum* em tal aspecto, conforme observou-se no caso.

2. Configura motivo torpe a conduta daquele que, mesmo sabendo da penúria observada no sistema de saúde do país, se locupleta em detrimento dele.

CRIME CONTINUADO E CONCURSO FORMAL. DELITO DO ART. 96, I, DA LEI N.º 8.666/93 QUE NÃO INTEGROU O NEXO DE CONTINUIDADE DELITIVA DOS CRIMES DO ART. 90 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. SITUAÇÃO DIFERENCIADA. INAPLICABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. POSSIBILIDADE DA CONCOMITÂNCIA DOS DOIS AUMENTOS DE PENA.

1. A longeva jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal indica que, configurado o concurso formal **entre dois dos crimes integrantes do nexo de continuidade** delitiva, apenas um aumento de pena - o do crime continuado - deve prevalecer.

2. Na espécie, a ficção do crime continuado se observou entre os delitos de **frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório** (art. 90), cometido por nove vezes, enquanto que o concurso ideal se verificou em uma destas condutas, com o cometimento, também, do crime de **fraudar a licitação, elevando arbitrariamente os preços** (art. 96, I), de modo que, não é, absolutamente, a situação em que a jurisprudência do STF e do STJ rejeitam a concomitância das duas figuras, pois o crime que permitiu a caracterização do concurso formal não integrou o nexo de continuidade.

CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA. PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE. CONFIGURAÇÃO. CONCLUSÃO DIVERSA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DEMANDARIA REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DESTA CORTE.

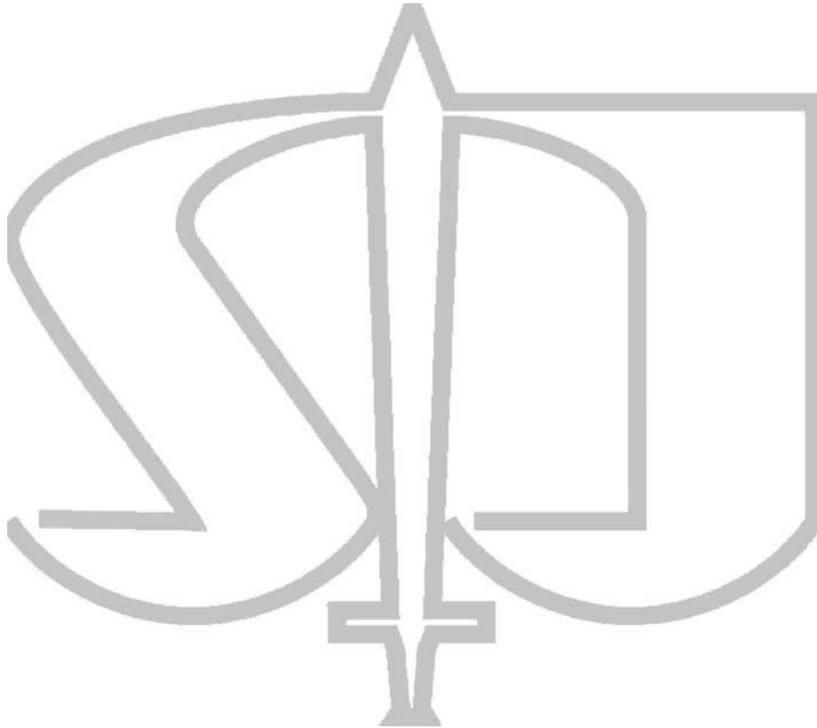
Concluindo a instância ordinária, com base na prova colhida, da prática do crime de corrupção ativa qualificada, observação diversa ensejaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível de ser feito, em razão do contido no verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA. EQUIPARAÇÃO AO CONCEITO DE LEI FEDERAL.

INADMISSIBILIDADE. TEMA NÃO CONHECIDO.

A alegação de ofensa à súmula do Supremo Tribunal Federal não se enquadra no disposto no art. 105, inciso III, alínea "a", permissivo constitucional invocado no apelo especial, que fala em "*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*", em cujo rol não se enquadra, absolutamente, a súmula apontada como violada.

RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS
PARA REDIMENSIONAR AS PENAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.619 - RJ (2012/0072990-3)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
RECORRENTE : V T
ADVOGADO : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(S)
RECORRENTE : A P C
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE PIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)(Relator):

1 - Da apontada negativa de vigência ao art. 79 do Código de Processo Penal.

A regra prevista no dispositivo acima, é a de que, havendo conexão, o processo e julgamento de todos os acusados deverá ocorrer em um mesmo autuado, salvo o disposto no art. 80, que permite a separação, desde que haja um "*excessivo número de acusados*", ou "*para não lhes prolongar a prisão provisória*", ou, ainda, "*por outro motivo relevante*", a critério do juiz.

De fato, invocando o escólio de Guilherme de Souza Nucci, se extrai que "*a união dos processos para uma melhor apreciação da prova pelo juiz, evitando-se decisões conflituosas, pode ocorrer a inconveniência dessa junção, seja porque torna mais difícil a fase probatória, seja pelo fato de envolver muitos réus - uns presos e outros soltos - e até por razões outras que somente o caso concreto pode determinar*" (in Código de Processo Penal Comentado, Editora RT, 11ª edição, página 254).

No caso em debate, foi o que ocorreu, em razão do número de denunciados – vinte e oito –, alguns soltos e outros presos (fl. 4.128-STJ).

Os ora recorrentes, basta ver, postularam a reversão do desmembramento, sob a alegação de não estarem mais presos e porque tinham interesse na ouvida das testemunhas arroladas pelos outros réus, o que, no entanto, restou indeferido, porque "*os acusados foram colocados em liberdade sob condições que implicam restrições ainda que limitadas ao direito de*

liberdade plena" e porque "eventual atendimento da reunião dos casos seria irregular, porquanto o processo desmembrado e o original encontram-se em fases processuais distintas." (fls. 4.861/4.862-STJ).

De fato, uma vez separado o processo, com fundamentos sólidos, especialmente porque os ora recorrentes estavam custodiados e os demais soltos, não havia mesmo razão para restabelecer a união, pelos motivos alinhavados acima, que se amoldam perfeitamente a regra do art. 80, na parte em que fala que cabe ao juiz "*reputar conveniente a separação*".

No tocante ao interesse de participar da inquirição das testemunhas arroladas pelos demais acusados, a resposta judicial se apresenta inteiramente adequada, já que, com efeito, cabia à defesa de cada um, ao apresentar o rol de testemunhas, fazê-lo de tal forma que satisfizesse inteiramente a respectiva necessidade, além de não haver nas razões do recurso a indicação das circunstâncias em que este ou aquele depoente, arrolado por este ou aquele denunciado, seriam relevantes para a defesa de um ou de outro.

Cumprе registrar, para concluir este tema, recentes decisões desta Turma, a saber:

"HABEAS CORPUS . LAVAGEM DE DINHEIRO. TRÊS AÇÕES PENAIS QUE TRAMITAM NA MESMA VARA FEDERAL. PLEITO DE REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA QUE POSSA SER ANALISADA A TESE DE CRIME ÚNICO. SEPARAÇÃO DOS FEITOS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA EM DOIS DOS PROCESSOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Conquanto existam indícios de que as infrações em apuração sejam conexas, o que, de regra, levaria à unidade de instrução e julgamento das ações penais em que são apuradas, o artigo 80 do Código de Processo Penal permite que o magistrado responsável pelo feito desmembre os processos quando houver vários acusados, para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante.

2. No caso dos autos, a separação dos processos na origem foi fartamente fundamentada, especialmente pelo fato de

que há vários e diversos acusados em cada uma das ações penais referentes aos delitos de lavagem de dinheiro, sendo que alguns deles estão presos, não havendo que se falar em qualquer prejuízo para a defesa do paciente.

3. Ademais, do extrato de movimentação processual obtido no sítio da Justiça Federal de São Paulo, constata-se que já foi proferida sentença nos autos de duas das ações penais que se pretendia unificar, de modo que, também por este motivo, não seria cabível o pleito de reunião dos feitos, consoante o disposto no enunciado 235 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que preceitua que "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

4. Ordem denegada."

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. CONEXÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. INEXISTÊNCIA. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE DO JUÍZO. PRECEDENTES DO STJ. 1. A conexão e a continência têm como finalidade garantir a união dos processos de forma a propiciar ao julgador uma melhor visão do quadro probatório, permitindo-lhe entregar a melhor prestação jurisdicional e evitando-se, com isso, a existência de decisões conflituosas. Ocorre que essa junção nem sempre pode ser conveniente, tornando até mesmo o mais difícil a fase probatória, como o fato de envolver muitos réus ou por razões outras que somente o caso concreto pode determinar.

2. O art. 80, do Código de Processo Penal, trata de hipóteses em que "será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação."

3. Na hipótese, a decisão de desmembramento do feito em relação ao delito tipificado no art. 92, da Lei de Licitações,

Superior Tribunal de Justiça

restou devidamente justificada pelo Juiz, com amparo na parte final do art. 80, do Código de Processo Penal, diante do encerramento da instrução criminal quanto ao referido crime, bem como em face da proximidade da ocorrência da prescrição.

4. Precedentes desta Corte.

5. Recurso desprovido."

No mesmo sentido, o HC n.º 100.764/RS, Ministro Arnaldo Esteves Lima e o AgRg no HC n.º 240.268/RJ da minha relatoria.

Do Supremo Tribunal Federal, veja-se o seguinte precedente:

"Agravo regimental. Inquérito. Desmembramento. Possibilidade. Art. 80 do Código de Processo Penal. Elevado número de indiciados e complexidade da causa.

1. Na forma de inúmeros precedentes da Suprema Corte, o elevado número de agentes e de condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, ressaltando-se que apenas um dos vinte e três indiciados detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal (art. 80 do Código de Processo Penal).

2. Agravo regimental desprovido" (Inq 2706/BA AgR, Ministro Menezes Direito, julgado em 14.8.2008, DJe de 26.9.2008, grifei).

Ressalte-se, ainda neste aspecto, no que tange ao alegado prejuízo porque haveriam elementos de prova colhidos em depoimentos de testemunhas indicadas pelos demais acusados no processo original, que as respectivas razões se mostram deficientes, a propósito, já que não apresentaram dados concretos que comprovassem o dito dano suportado pela defesa, limitando-se a alegar, o que, com toda certeza, ofende o disposto no enunciado n.º 284 da Súmula do STF.

O Tribunal, além disso, respondeu a referida argumentação, deixando claro que, *"se alguma testemunha, documento ou diligência relevantes chegaram ao conhecimento de seus competentes advogados após aquela fase, mesmo que, já produzidas no processo originário, também lhes*

Superior Tribunal de Justiça

seria possível pugnar sua produção no próprio processo desmembrado, bem como pedir ao juiz a requisição de cópias de provas produzidas nos autos daquele processo" (fl. 8.992-STJ), mas os dois apelos nobres não impugnaram especificamente esta sustentação, circunstância que, por igual, atrai a incidência do enunciado n. 283 da Súmula da Excelsa Corte, que estabelece que "*é inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*", e autoriza o não conhecimento do recurso especial em tal aspecto.

O recurso proposto por Altineu Pires Coutinho, também em relação ao disposto no art. 79 do Código de Processo Penal, alega, para reforçar, segundo ele, a desconsideração contida na sentença a esta regra, que o delito de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, exige, necessariamente, a unidade de processos.

A separação processual, como dito anteriormente, está prevista no art. 80, antes citado, o qual não faz, absolutamente, qualquer distinção entre esta ou aquela infração, de sorte que os ensinamentos doutrinários e a fundamentação apresentados anteriormente se aplicam igualmente à espécie.

Da jurisprudência, a propósito, vale transcrever a ementa de decisão exarada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em caso envolvendo especificamente o crime agora tratado, a saber:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE QUADRILHA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. CPP. ART. 80. NÚMERO EXCESSIVO DE ACUSADOS. PREJUÍZO DA DEFESA. INEXISTÊNCIA.

I - O fato de um dos co-réus ser Deputado Federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal.

II - A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha e bando (art. 288 do Código Penal).

***III - Agravos não providos*" (AP 336-AgR/TO, Rel. Ministro Carlos Velloso, Julgado em 1º.9.2004, DJ de 10.12.2004, grifei).**

Com a mesma orientação, observe-se o seguinte *decisum* :

"[...]

8. *Relativamente à investigação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) 'também em relação aos crimes de quadrilha ou bando.'*

9. *Agravo regimental improvido"* (AgR no Inquérito n. 2.051, de Tocantins, relatora a Ministra Ellen Gracie, grifei).

O acórdão recorrido, em outro aspecto, deixa bem claro que a permanência do acusado Marcelo Cortes no feito de origem tem características próprias, "*já que o desmembramento sequer havia sido efetuado*", com a conclusão – e que tem toda procedência – de que "*inexiste afronta ao princípio da isonomia neste aspecto*" (fls. 8.292-STJ).

A certa altura das razões, mas ainda na parte em que aponta contrariedade aos arts. 79 e 82 do Código de Processo Penal, o recorrente Altineu Pires Coutinho fala que "*três foram os episódios que demonstram o cerceamento de defesa decorrente da inobservância do direito à prova*" e desfia as respectivas situações (fls. 8.851/8.852-STJ).

Neste particular, além de não haver a impugnação aos argumentos apresentados pelas instâncias ordinárias, ao indeferir as provas indicadas, o Tribunal *a quo* respondeu a questão, conforme restou transcrito acima (pág. 22), e a cujas razões o recurso não impugnou, como deveria tê-lo feito, na forma da Súmula n. 283 do STF.

Mesmo sendo o caso de não conhecer dos dois recursos neste ponto, como, de fato, não conheço, cabe concluir, apenas para argumentar pelo que aponte, ao início e acima, que não vejo, ofensa ao art. 79, e nem ao art. 82, mas, isto sim, a correta aplicação do disposto no art. 80 da citada legislação processual, de modo que afastou tal sustentação, efetuadas, de modo geral, pelos dois recorrentes.

2 - Da referida negativa de vigência dos arts. 158 e seguintes do Código de Processo Penal.

Superior Tribunal de Justiça

O acusado Vittorio Tedeschi, na fase do art. 499 do citado *codex* processual, então em vigor, postulou, além de outras diligências, a realização de exame pericial, para apurar, se fosse o caso, a extensão do prejuízo aos cofres públicos e definir, como consequência, a tipificação dos delitos licitatórios.

Indeferido o respectivo pedido pelo juiz de primeiro grau, a matéria foi devolvida ao Tribunal Regional, em grau de apelação, o qual, entendendo que estava precluso o direito de requerer tais diligências, fez consignar que "*deveriam ter sido formuladas na fase do art. 395 do CPP, qual seja, a de apresentação das alegações preliminares, que é a primeira oportunidade que a defesa possui de manifestação e na qual deveriam ter sido requeridas todas as diligências consideradas necessárias para a elucidação dos fatos narrados na denúncia e consubstanciados nos elementos trazidos no inquérito policial e medidas cautelares*" (fl. 8.288-STJ), e não na ocasião prevista no art. 499, como restou efetivado.

Além disso, a Corte de segundo grau sustentou que os crimes relativos a licitação, imputados aos acusados, não exigem para a caracterização o recebimento de vantagem econômica, bastando o intuito de obtê-la, o que, segundo ela, afasta a necessidade do exame, para apurar o respectivo *quantum*, e que não era relevante, para a instrução criminal, saber se o patrimônio dos réus era vultoso, bem como que era nitidamente procrastinatória as diligências postuladas junto aos laboratórios indicados.

O recurso em exame, contudo, não atacou o fundamento relativo a preclusão, e nem o acima consignado, de modo que, mais uma vez, se aplica o contido no enunciado nº 283 da Súmula do STF, cujo teor está registrado acima.

Veja-se a propósito:

"...

Assentando-se o acórdão recorrido em mais de um fundamento, suficiente, por si só, para manter a decisão, inviável, o conhecimento do recurso, se a parte deixar de infirmar um deles (Súmula n.º 283/STF)." (5ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1144291/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 8/3/2012).

"...

O acórdão vergastado reconhece concomitantemente à

decadência do direito de queixa, a ausência de dolo na perpetração do crime de calúnia por parte do querelado, situação esta sequer impugnada pelo recorrente no apelo nobre, o que impede igualmente o conhecimento do recurso especial pela aplicabilidade, por analogia, da Súmula n.º 283/STF." (5ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 1334828/BA, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 23/8/2012).

Não conheço, nestas condições, da alegação em exame, de negativa de vigência dos arts. 158 e seguintes do Código de Processo Penal.

3 - Da alegada negativa de vigência do art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal.

O magistrado singular, é verdade, ao proferir a sentença, utilizou-se de alguns termos e colocações mais fortes, ao referir-se ao recorrente, como "*bandido travestido de empresário*" (fl. 7.318/STJ), ou "*delinquente de colarinho branco*" (fl. 7.321/STJ), porém isto, por si só, não significa parcialidade, pois é fácil de constatar que tudo não passou de indignação, fruto, provavelmente, da reiteração de casos envolvendo ataques aos cofres públicos, como é o caso, além da grande impunidade que envolve a corrupção no país.

O Tribunal de origem observou tal situação, censurando, inclusive, alguns termos utilizados, mas não viu, como, de fato, não há, a configuração da hipótese legal apontada no apelo nobre, acima referido, vez que não se pode falar em inimizade capital.

Lecionando a respeito, o referido doutrinador Guilherme de Souza Nucci ensina que "*inimizade capital é a aversão contundente e inequívoca entre duas pessoas*" e, mais adiante, ao tratar especificamente da questão ora arguida, deixa claro que "*as decisões jurisdicionais que o magistrado tome contra o interesse das partes - decretando a prisão cautelar do réu ou indeferindo pedido nesse sentido feito pelo promotor, por exemplo, ainda que com fundamentação entusiasmada - não dá margem à inimizade, mormente capital*", com o arremate, invocando o insuperável Espínola Filho, de que "*o procedimento acaso enérgico do juiz não justifica seja averbado de suspeito*" (obra citada, página 578).

O recurso sustenta, também, que caberia, em razão de tais considerações, um alargamento na regra do art. 254, inciso I, já citado, para autorizar a suspeição reclamada, o que, com todo respeito, não é possível, já que é majoritário na jurisprudência desta Corte que "*as causas de impedimento e suspeição de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliativa*" (HC nº 99.945/SP, DJe de 17.11.2008 e REsp 1.177.612/SP, DJe de 17.10.2011, ambos da relatoria do Ministro Og Fernandes).

No mesmo sentido, transcrevo:

"HABEAS CORPUS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AÇÃO PREPARATÓRIA DE POSSÍVEL AÇÃO PENAL. DESEMBARGADORES QUE PARTICIPARAM DO PRIMEIRO JULGAMENTO ANULADO. SUSPEIÇÃO. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NOS INCISOS DO ART. 254 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. As hipóteses que no processo penal configuram a suspeição do magistrado estão previstas exhaustivamente nos incisos do art. 254 do Código de Processo Penal.

2. "A suspeição não pode ser presumida, mas demonstrada, de forma concreta, por meio de documentos, fatos e circunstâncias plausíveis" (HC 84.023/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ 10/8/07), o que não ocorreu na hipótese dos autos.

[...]" (HC nº 55.884-BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 04.8.2008, grifei).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaco o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PENAL PROFERIDA POR JUIZ QUE DETERMINOU E PRESIDIU SINDICÂNCIA DESTINADA A APURAR "NOTITIA CRIMINIS" - INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE - DISCIPLINA JURÍDICA DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO NO PROCESSO PENAL - MATÉRIA DE

*DIREITO ESTRITO - INOCORRÊNCIA DE INJUSTO
CONSTRANGIMENTO -PEDIDO INDEFERIDO.*

[...]

- As causas geradoras de impedimento (CPP, art. 252) e de suspeição (CPP, art. 254) do magistrado são de direito estrito. As hipóteses que as caracterizam acham-se enumeradas, de modo exaustivo, na legislação processual penal. Trata-se de 'numerus clausus', que decorre da própria taxatividade do rol consubstanciado nas normas legais referidas.

- Não incide na situação de incompatibilidade jurídico-processual o Magistrado que, não obstante presidindo sindicância destinada a apurar 'notitia criminis' a ele comunicada, não exterioriza qualquer pronunciamento, de fato ou de direito, sobre a questão objeto das diligências investigativas" (HC nº 68.784/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 26.3.1993, grifei).

Não há, então, o que se falar em ofensa a citada regra do art. 254, inciso I, da legislação processual penal.

4. Da arguição de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação.

Esta alegação, que partiu do sentenciado Altineu Pires Coutinho, mereceu especial destaque de parte da Corte Regional, rejeitando a preliminar, pois afirmou que a lei não exige um capítulo específico para cada tese apresentada, e que o juiz atendeu plenamente ao disposto no art. 381 do CPP, porque demonstrou, em sua fundamentação, os fatos e fundamentos pelos quais chegou a conclusão da inexistência de nulidades e da procedência da acusação.

Relatou, ainda, que "*as nulidades das interceptações telefônicas também foram abordadas na sentença, como se vê de fls. 6.794/6.803, assim como a alegação de cerceamento de defesa (fls. 6.807/6.809 quanto ao desmembramento do feito e fls. 6.809/6.810 quanto ao indeferimento de diligências) e inépcia da denúncia (fl. 6.806)*" (fl. 8.298/STJ).

No tocante ao mérito, aquele colegiado asseverou que o Juízo revelou as razões pelas quais concluiu pela comprovação da materialidade e

autoria delitivas, e ressaltou que a jurisprudência não exige que o magistrado enfrente todas as teses defensivas, devendo apenas apresentar os motivos da decisão.

Na linha da jurisprudência desta Corte, o juiz, ao apreciar a lide, deve fundamentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela forma, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso, porém não é obrigado a se pronunciar ponto a ponto sobre as teses elencadas pelas partes. Nesse sentido: REsp 1.012.194/SC, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 26.3.2008; HC 87.773/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02.8.2010 e HC 204.956/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 03.10.2012.

Então, como bem consignou o acórdão recorrido, cumpre ratificar que o juiz sentenciante (fls. 7.184-7.349/STJ), de fato, demonstrou de forma clara e coerente, ao longo de 166 (cento e sessenta e seis) laudas, as razões pela quais concluiu pela condenação do réu, bem como os fundamentos que o levaram a afastar as nulidades arguidas pela defesa.

Esta também foi a conclusão do Dr. Subprocurador-Geral da República, ao consignar que "*não há que falar em ausência de fundamentação, uma vez que a sentença condenatória e os acórdãos proferidos pelo TRF da 2ª Região foram suficientemente fundamentados, restando claro os motivos do convencimento dos julgadores, atendendo-se, assim, ao disposto no art. 381 do CPP*" (fl. 9.175/STJ).

Cumpre destacar, enfim, que a tarefa do juiz não foi simples, pois, num processo de tamanho volume e complexidade e em que os patronos apresentaram as mais diversas questões ao longo do processo e das alegações finais, ele acabou se desincumbindo a contento, na medida em que, como já disse, respondeu a todas aquelas que se mostraram necessárias e indicou os motivos, de fato e de direito, que autorizaram o decreto condenatório, conforme é fácil de se observar.

Afasto, portanto, a aduzida ofensa ao art. 381, inciso III, da citada legislação processual.

5 - Da sustentada contrariedade ao art. 90 e ao art. 96, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Em relação a estes dispositivos, alega-se, em suma, que a

condenação observada, como incursos nas duas infrações importa em *bis in idem*, já que a primeira estaria absorvida pela outra.

Esta tese não encontrou guarida nem no juízo de primeiro grau e nem na Corte regional, vez que, de fato, se tratam de tipos penais totalmente distintos, "*cujo objeto*", no tocante ao crime do art. 90, segundo Guilherme de Souza Nucci, "*é o caráter competitivo do procedimento licitatório*" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, página 853), ou seja, o agente, com o ato de **frustrar** ou de **fraudar**, mediante pacto, acordo ou qualquer outro expediente, busca eliminar a competição ou fazer com que esta seja apenas aparente, enquanto que na outra figura criminal, a do art. 96, I, também mediante fraude, o delinquente atinge diretamente a licitação, "*elevando arbitrariamente os preços*", em "*prejuízo da Fazenda Pública*".

Daí, então, a boa solução adotada pelo magistrado singular, no que foi secundado pelo Tribunal que examinou a apelação, além de haverem encontrado elementos probatórios que autorizaram a caracterização das duas hipóteses delitivas.

Não vejo, portanto, qualquer ofensa aos arts. 90 e 96, inciso I, da citada Lei nº 8.666/1993.

6. Da quebra do sigilo telefônico.

Os dois sentenciados, enfim, reclamam da interceptação telefônica levada a efeito, apontando, de modo geral, a respectiva ilegalidade.

6.1. Da alegada ofensa ao art. 2º da Lei nº 9.296/96.

Do contido neste autuado, se constata que, das investigações efetivadas no Inquérito Policial nº 1.416/2002, que tramitou na Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários - DELEFAZ, observou-se a ocorrência de indícios de irregularidades nos contratos firmados por empresa prestadora de serviços de lavanderia, que tinha como dirigentes os ora recorrentes - Altineu e Vittorio -, e o Instituto Nacional de Trauma-Ortopedia (INTO), razão porque requereu-se a interceptação telefônica dos citados acusados, além de outros.

Este pedido teve amparo no eloquente relatório de fls. 10/64, do apenso I, elaborado pela Divisão de Operações de Inteligência Policial da

Superior Tribunal de Justiça

Polícia Federal, apontando tudo o que foi apurado envolvendo o desvio de dinheiro público, ainda que em decorrência de escutas telefônicas, legalmente determinadas na investigação policial acima referida, que diziam respeito às pessoas acima nominadas.

Neste particular, o relatório faz referência a conversas envolvendo Altineu e Vittorio, nas quais se extrai, de fato, a possibilidade de prejuízo a organismos ligados ao Ministério da Saúde.

Daí, então, a representação pela quebra do sigilo telefônico, com o argumento de que, "*pela natureza dos delitos investigados, ou seja, crimes praticados por quadrilha em possível modalidade de organização criminosa, a interceptação telefônica solicitada torna-se imprescindível vez que não é possível realizar uma eficaz coleta de provas, suficientes para conhecer e revelar com profundidade as atividades criminosas dos investigados, através dos tradicionais métodos investigativos, sem expor a investigação às ações obstrutivas dos investigados e ao fracasso*" (fl. 8/STJ, apenso I).

Abre-se aqui, um parêntesis, para dizer que é perfeitamente legal a utilização de elementos colhidos em outra investigação policial, observados, mesmo que fortuitamente, em escutas telefônicas, como é o caso, conforme proclamam os seguintes arestos da Suprema Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGALIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.

2. Agravo Regimental desprovido" (AgRg no AGI nº 626.214/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 08.10.2010, grifei).

"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ÚNICO MEIO DE PROVA VIÁVEL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO CRIME SURGIDO DURANTE O PERÍODO DE MONITORAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE DEGRAVAÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Na espécie, a interceptação telefônica era o único meio viável à investigação dos crimes levados ao conhecimento da Polícia Federal, mormente se se levar em conta que as negociações das vantagens indevidas solicitadas pelo investigado se davam eminentemente por telefone.

2. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Precedentes.

3. O monitoramento do terminal telefônico da paciente se deu no contexto de gravações telefônicas autorizadas judicialmente, em que houve menção de pagamento de determinada porcentagem a ela, o que consiste em indício de sua participação na empreitada criminosa.

4. O Estado não deve quedar-se inerte ao ter conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada.

(omissis)" (HC nº 105.527/DF, relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 12.5.2011, grifei).

Voltando, pois, à representação do Sr. Delegado da Polícia Federal, cabe dizer que, com vista dos autos, o *Parquet* Federal aderiu as razões então oferecidas, aduzindo, dentre outras passagens, que eram *"robustos os indícios de participação dos requeridos, diretamente ou através das empresas que dirigem, em diversos crimes contra a administração pública como fraude à licitação, peculato e lavagem de dinheiro"* (fl. 75/STJ, apenso I), além de justificar que, *"tendo em vista a necessidade de a autoridade policial, ao elaborar o relatório circunstanciado, ter informações sobre os demais envolvidos nas fraudes, de modo a estender as investigações sobre os mesmos"*

Superior Tribunal de Justiça

(fl. 76/STJ, apenso I).

Veio, então, a decisão judicial, em que o magistrado singular concluiu que a medida extrema se lastreava em elementos de prova que conduziam a verossimilhança das fundadas suspeitas da existência de uma organização criminosa, e que a medida se mostrava imprescindível para "*fazer eventual prova do nexu causal envolvendo os investigados, que atuam através de pessoas jurídicas e contam com a colaboração de servidores públicos de alto escalão e de autoridades políticas*" (fls. 78-79/STJ, apenso I).

Deixou bem claro, ainda, a presença dos demais requisitos do art. 2º da citada legislação.

A sentença, ao examinar esta preliminar, refutou a sustentação apresentada, tal como também o fez a Corte Regional, registrando o que segue:

"Também não há que se falar em ilegalidade da interceptação telefônica por falta de esclarecimento sobre quais outros meios de investigação teriam sido insuficientes para a apuração dos fatos.

Já no bojo da investigação, havia notícia de que os crimes estariam sendo praticados por quadrilha formada por pessoas do alto escalão da sociedade e do governo, de maneira bem estruturada e em atuação há mais de uma década. Insista-se, como penetrar e recompor os fatos praticados em meio a empresas acertadas entre si e com o Poder Público, apenas colhendo depoimentos e remetendo-se ofícios para aqui e para ali?

Cabe registrar que, no curso das investigações, como mencionado na denúncia, foram verificadas outras licitações fraudadas, além daquelas investigadas no INTO, segundo consta também do relatório parcial da autoridade policial constante às fls. 388 e seguintes do apenso, o que só se tornou possível de descobrir por conta do monitoramento telefônico em curso" (fl. 8.281/STJ).

De tudo o que ficou consignado acima, extraído, como disse, da representação, do parecer ministerial e das decisões das instâncias ordinárias, não há como não concluir que estão fundamentadas e sem qualquer ofensa ao invocado art. 2º da Lei nº 9.296/96.

6.2. Da referida violação ao art. 5º da mesma legislação.

Do acórdão recorrido (fl. 8.284/STJ), colhe-se a informação de que 6 (seis) juízes federais diferentes analisaram os pedidos de renovação das interceptações e os deferiram, adotando os fundamentos da decisão inicial, e fazendo referência aos relatórios de informação circunstanciada da autoridade policial, todos bem minuciosos a respeito do desenvolvimento das investigações, em que destacaram a relevância do monitoramento para elucidar os crimes investigados. Para aquele colegiado, tal fato demonstra que eles tiveram contato com as investigações e se convenceram da necessidade de prolongamento das escutas.

Esta argumentação, o bastante, a meu ver, para manter o acórdão no que tange a suficiência da motivação nas renovações da quebra do sigilo, pois, em face a realidade apresentada, havia mesmo a necessidade de se alongar, o que, aliás, acabou demonstrando o resultado da investigação, bem ressaltado pelos organismos judiciais encarregados do exame da prova.

A ementa adiante, do Excelso Supremo Tribunal Federal, soluciona inteiramente a questão, a saber:

"Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). Alegada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente. Questão não submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância não admitida. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva,

especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05).

2. Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa.

3. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º).

4. A sustentada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, sua análise, de forma originária, neste ensejo, na linha de julgados da Corte, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não se admite.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado" (HC nº 106.129/MS, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 26.3.2012, grifei).

Não vislumbro, nestas condições, como acolher a alegação de ofensa ao dispositivo legal em análise.

7 - Da alegada negativa de vigência do art. 59 do Código Penal.

O recorrente, Vittorio Tedeschi, insurge-se contra a pena aplicada, sustentando que o exame das circunstâncias judiciais não autoriza grande distanciamento do mínimo legal, ao contrário do que ocorreu na sentença, em que foi aplicada uma pena superior a dezenove anos, sem

individualizar adequada e fundamentadamente as circunstâncias judiciais (art. 59), além de reconhecer e aplicar agravantes inexistentes.

Como o ora recorrente foi condenado por vários crimes, passo a analisar a dosimetria das penas em relação a cada um deles.

7.1 - Do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

Na análise das circunstâncias judiciais, o magistrado singular destacou uma - as consequências do crime - como desfavorável ao ora recorrente, pois registrou que ele "*contribuiu de forma relevante para a sangria dos cofres públicos em milhares de reais*" (fl. 7.335-STJ).

O Tribunal Regional, basta ver, encontrou duas, vez que, além daquela, considerou também as circunstâncias da infração, o que, no entanto, não pode prevalecer, posto que se examinou os apelos da defesa e, desta forma, não poderia ter havido tal ampliação.

Como apenas uma das hipóteses do art. 59 do Código Penal é contrária ao acusado em destaque, a sanção básica não poderia, de fato, ter sido fixada no termo médio, já que, à infração em pauta, a lei comina a pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Segundo ensina Paulo José da Costa Júnior, "*para que seja estabelecida a pena no mínimo todos os critérios elencados no art. 59 deverão estar presentes*" (in Curso de Direito Penal, Editora Saraiva, página 248), de modo que, raciocinando em contrário, como se observa uma delas adversa ao recorrente, a reprimenda básica deverá se situar um pouco acima do mínimo legal.

Portanto, considerando os argumentos apresentados em primeiro grau, acima referidos, que, diga-se, se mostram eloqüentes, fixo-a em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de detenção.

As razões do apelo especial reclamam, na seqüência, do reconhecimento do motivo torpe, uma vez que os respectivos argumentos já serviram para tipificar a infração.

O tipo penal, de fato, fala no intuito de obter vantagem, porém o juízo de maior censura, embora diga respeito ao proveito obtido, está relacionado a conduta "*ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade*", como define motivo torpe o festejado doutrinador Paulo Queiroz (in Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 2ª

edição, página 345), conforme se verificou na espécie, já que atingiam a saúde pública, que vive, ainda agora, numa situação de penúria total e da qual dependem, como consignou o juiz, "*tantos miseráveis que prescindem dos recursos públicos*" (fl. 7.336-STJ).

Esta Colenda Corte tem, pelo menos, um precedente, que, guardadas as proporções, se amoldam ao caso, a saber:

"[...]

Apesar de o crime de furto ser de natureza patrimonial, a gravidade exarcebada da lesão à vítima justifica a valoração negativa das consequências do delito" (HC n. 210.471-MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 26.9.2012, grifei).

Bem agiram, portanto, as instâncias ordinárias, ao reconhecer tal agravante.

Por outro lado, cumpre destacar que a denúncia, não só pela colocação dos ora recorrentes na relação de acusados - são os dois primeiros -, deixou bem claro que eles "*lideram duas organizações criminosas constituídas há mais de 10 (dez) anos e em franca atividade*" (fls. 12-STJ), o que, até pelo reconhecimento da agravante prevista no art. 62, inciso I, da citada legislação penal, restou tido como comprovado tanto pelo juízo como pela Corte Regional, que são os encarregados do exame da prova.

Dizer o contrário, como pretende o recurso, importa no reexame do acervo probatório, o que não é possível na via escolhida, haja vista os termos da Súmula n. 7 do STJ.

Presentes, então, duas agravantes, acima articuladas, há que se reconhecer que o aumento de 6 (seis) meses, estabelecido no *decisum*, está conforme a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial, que a recomenda em, no máximo, 1/6 (um sexto), para cada uma delas.

Veja-se, a propósito:

"[...]

Embora a lei penal não estabeleça parâmetro específico para o aumento da pena diante da verificação de existência de circunstância agravante, a jurisprudência desta Corte

Superior Tribunal de Justiça

tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela incidência da agravante da reincidência, deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, o que não ocorreu no caso concreto " (HC 186.943/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 22.5.2012, grifei).

No mesmo sentido, veja-se o HC n.º 147.840/RJ, em que foi relator o Ministro Sebastião Reis Júnior.

A sanção, então, passa a ser de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses.

Na terceira fase, em razão da continuidade delitiva, o aumento ficou bem aquém do recomendado, já que restou identificada tal prática criminosa por nove vezes, de sorte que, considerando o que determinou a sentença, majoro-a da metade (1/2), terminando a sanção, em relação aos crimes previstos no art. 90 da Lei n. 8.666/93, em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Como não há reclamação em relação a pena de multa, fica esta mantida em 2% (dois por cento) sobre o "*valor dos contratos cuja licitação foi fraudada*" (fl. 7.337-STJ).

O outro recorrente, Altineu Pires Coutinho, fez a mesma impugnação.

Com relação a ele, no tocante ao crime do art. 90 da Lei n.º 8.666/93, o magistrado de primeiro grau observou uma única circunstância judicial, de modo que cabe aqui, perfeitamente, a argumentação acima, ou seja, que a reprimenda básica deve se situar um pouco acima do mínimo, razão porque fixo-a em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de detenção.

Presentes, por igual, as duas agravantes já referidas, a cujos fundamentos me reporto, e, assim, aumento a sanção em 6 (seis) meses, de forma que passa a ser 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção.

Em relação a continuidade delitiva, tendo em vista o número de infrações (foram três), diminuo a respectiva fração para 1/5 (um quinto), de modo que a reprimenda passa a ser de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, além da multa de 2% (dois por cento), que foi a estabelecida pelo magistrado singular.

7.2. Do crime previsto no art. 96, inciso I, da Lei n. 8.666/93.

Ao estabelecer a reprimenda para este delito, o togado singular fez referência às considerações efetivadas quando da imposição da pena ao outro crime, de sorte que, não há dúvida, considerou como desfavorável as consequências da infração, e, em razão disso, estabeleceu-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, um pouco acima do mínimo legal.

A ausência de indicações acerca das hipóteses do art. 59 do Código Penal, como ocorreu na espécie, não é de melhor técnica, todavia, há que se reconhecer, que tal regramento restou cumprido, pois identificou a circunstância judicial que autorizou a pena-base estabelecida, o que, tenho para mim, é o suficiente, posto que, segundo orienta Mirabete, é "*obrigatória a consideração daquelas que devem influir na aplicação da sanção, para que possam as partes tomar conhecimento das razões que levaram o juízo a fixá-la*" (in Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 7ª Edição, página 297).

Este, por igual, é o escólio de Heleno Cláudio Frago, que, invocando o ensinamento de Lothar Schmidt, refere que "*o acusado tem não apenas o direito de saber por que é punido como também o direito de saber por que recebe esta pena*" (in Lições de Direito Penal, Parte Geral, Editora Forense, 17ª Edição, página 409), tal como se observa na espécie, já que, como ficou dito, evocou a análise efetivada em relação ao crime antecedente, que, não há dúvida, se amolda àquele, inclusive em decorrência das circunstâncias em que foram cometidos.

Reconheceu, na sequência, as mesmas agravantes – do motivo torpe e da direção dos demais partícipes –, as quais se fazem presentes, pela argumentação acima, razão pela qual aumentou em 8 (oito) meses, o que me parece adequado, pois, considerando que são duas, não ultrapassou ao 1/6 (um sexto) a que me referi anteriormente, de modo que terminou definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, além da multa.

O delito em apreço, o do art. 96, inciso I, foi cometido no Pregão n. 56/2005, do LAFEPE (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco), em que se adquiriu o medicamento **anciclovir**.

Na análise desse ponto, a sentença mostrou que o recorrente Vittorio Tedeschi participou da ação que resultou na frustração do "*caráter competitivo do procedimento licitatório*", posto que acabou definido que a empresa Brasvit, que era de sua propriedade, seria a vencedora, como de fato

foi, e, além disso, acabaram por fraudar a licitação, "*em prejuízo da Fazenda Pública*", pois, na forma da decisão monocrática e do julgado de segundo grau, o referido produto foi "*vendido pelo preço de R\$ 7.679,00 (sete mil e seiscentos e setenta e nove reais)*" a unidade, muito embora tenha sido adquirida por apenas U\$ 420,00 (quatrocentos e vinte dólares) (fl. 7.237-STJ), cujo valor, ao câmbio da época, equivaleria a R\$ 1.050,00 (hum mil e cinquenta reais) (fls. 30-STJ)

Observa-se, assim, que foi uma conduta e dois resultados criminosos, o que leva a conclusão que, ao invés do concurso material, entre o delito em exame e o do art. 90, configurou, isto sim, o concurso formal.

Nestas condições, considerando as duas sanções já impostas em decorrência do crime do art. 90 e o do art. 96, inciso I, há que se aplicar a reprimenda mais grave, que foi a estabelecida a este último tipo, de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, aumentada de 1/6 (um sexto), já que se tratam de dois crimes, o que passa a ser, então, 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Sobre este *quantum*, cumpre estabelecer o acréscimo relativo ao crime continuado, reconhecido em relação aos delitos do art. 90 da citada lei, que foram cometidos por nove vezes, isto é, de metade (1/2), na forma decretada na sentença, cujo aumento, como já falei, ficou bem aquém do possível, haja vista o número de infrações, de modo que termina em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Em relação a multa, estabeleceu-se, por igual o concurso material, porém, segundo a orientação acima, aplica-se uma delas (foram iguais), 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos, com o mesmo acréscimo, o que termina, pois, em 2,33 % (dois vírgula trinta e três por cento).

Abro aqui um parênteses, tal como manifestei que faria no dia da conclusão do julgamento do presente recurso, verificado em 15.08.2013, para dizer que não desconheço a jurisprudência desta Corte e do STF acerca da concomitância do concurso formal e de crime continuado, a qual, no entanto, não se aplica ao caso, vez que aquele, o concurso ideal, se verifica entre os delitos do art. 90 e o do art. 96, inciso I, ambos da Lei nº 8.666/93, e não entre os crimes integrantes do nexos de continuidade, que dizem respeito apenas a primeira infração.

As decisões do STJ, a propósito, se louvaram, de modo especial, no Recurso Extraordinário nº 101.925-5, que proclamou o que segue:

Superior Tribunal de Justiça

"Mesmo havendo, entre dois dos crimes integrantes do nexo de continuidade delitiva, concurso formal, apenas um aumento de pena - o do crime continuado - deve prevalecer" (relator Ministro Francisco Rezek, grifei).

Segundo se extrai do acórdão, o processo tratava de dois delitos de roubo, um deles envolvendo duas vítimas, razão pela qual o Ministério Público de São Paulo advogou junto ao Supremo a imposição do aumento previsto no art. 70 do Código Penal, além do relativo a continuidade criminosa.

Como o concurso formal se estabeleceu em relação a um dos delitos de roubo e, em consequência, um daqueles que compõe a continuação, o eminente Ministro registrou que não era possível reconhecer-se os dois aumentos, ao mesmo tempo, e, para tanto, desenvolveu o seguinte raciocínio:

"Quer o Ministério Público, entretanto, que se considere o gravame do concurso formal de um dos roubos, justamente o que envolveu duas vítimas. Ora, o reconhecimento do concurso formal importa, na espécie, agravar a situação do réu. Basta ver que se consideramos os delitos cometidos em pluralidade formal como crimes distintos, estará o réu sujeito à pena de três crimes de roubo qualificado em continuação, vale dizer seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, como fixou a origem. Se, pelo contrário, estimarmos que um dos delitos está a merecer a regra benéfica do concurso formal, o réu ficará sujeito a pena bem mais grave, superior a sete anos, como pleiteia o Ministério Público. Dessa forma, o reconhecimento do concurso formal, que visa assegurar sanção mais branda à conduta merecedora de reprovação menor, termina por conspirar contra seu suposto beneficiário, subvertendo a finalidade do instituto."

Na sequência, o eminente Ministro Relator invoca a lição de Damásio E. de Jesus, que elucida perfeitamente a questão, pois ensina que *"nada impede que entre dois ou mais delitos componentes da continuação haja concurso formal"* (grifei), com a complementação de que *"nesse caso, incide só um aumento de pena, o do delito continuado, prejudicado o do art. 70 do CP"* (in Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 33ª edição, página 652),

de modo que, raciocinando a *contrario sensu*, é fácil de concluir que não integrando a continuidade delitiva, como é o caso (o concurso ideal, não custa insistir, se dá entre os crimes dos arts. 90 e 96, I, da citada lei), nada impede a concomitância das duas circunstâncias de aumento.

Em uma outra decisão, no Recurso Extraordinário nº 103.244-8/SP, em que se cuidava de três roubos, um deles com três vítimas, o Ministério Público estadual procurou impor os dois aumentos, alegando a existência de dissídio jurisprudencial com julgado do próprio Supremo, e, para afastar esta argumentação, o eminente Relator, Ministro Rafael Mayer, fez constar que:

"No acórdão proferido no RE 97.409 ao reconhecimento da continuidade delitiva em vários crimes de furtos, com o acréscimo de um sexto à pena-base, o julgado acresceu fração igual por concurso formal, assim considerando a prática de crime de corrupção de menor, tipo autônomo que não poderia ser absorvido naquela série de crimes patrimoniais. São, portanto, situações sem possibilidade de confronto com o caso presente, sem que portanto possam ser dadas como conflitantes as teses adotadas em um e outro."

Ficou bem claro, assim, que o paradigma não se amoldava ao caso do recurso que se examinava, pois neste o concurso formal se concretizava entre crimes integrantes da continuidade e naquele cuidava-se de infração autônoma, conforme registrou expressamente o v. acórdão.

É, portanto, a hipótese dos autos, em que a ficção do crime continuado se observou entre os delitos de **frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório** (art. 90), enquanto que o concurso ideal se verificou em uma destas condutas, com o cometimento, também, do crime de **fraudar a licitação, elevando arbitrariamente os preços** (art. 96, I), de modo que, não é, absolutamente, a situação em que a jurisprudência do STF e do STJ rejeitam a concomitância das duas figuras, pois, não custa insistir, o crime que permitiu a caracterização do concurso formal não integrou o nexo de continuidade.

Vale consignar, para arrematar, que, se havia a possibilidade de se aplicar o concurso material entre os dois crimes, um deles com o aumento do art. 71 do CP, como fizeram as instâncias ordinárias e como postulou, neste ponto, o douto voto divergente, não há razão para descaber o acréscimo do

concurso formal, o que, aliás, veio em benefício do recorrido Vittorio Tedeschi, pois a reprimenda que lhe foi imposta acabou diminuída em mais de 2 (dois) anos, assim, como também se observou na multa, reduzida em quase a metade.

Assim, em conclusão, para os delitos previstos na Lei das Licitações, cuja pena, inicialmente, fora imposta a Vittorio Tedeschi em 9 (nove) anos e 5 (cinco) meses de detenção e 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos, por duas vezes, com a aplicação do concurso material, fica reduzida para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias, e multa de 2,33% (dois vírgula trinta e três por cento) sobre o valor dos contratos.

Para Altineu Pires Coutinho a reprimenda, pelo cometimento dos crimes previstos no art. 90 da mesma Lei das Licitações, foi fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de detenção, a qual fica reduzida para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e multa de 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos.

7.3. Do crime de corrupção ativa qualificada.

A certa altura, depois de impugnar a reprimenda imposta a esta infração, o réu Vittorio Tedeschi fala em "*atipicidade e negativa de vigência do art. 29 do Código Penal*".

A corrupção ativa, pelo que se observa do autuado, se verificou no âmbito da Indústria Química do Estado de Goiás S.A. - IQUEGO, e Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, e o magistrado singular, para demonstrar a participação do aludido recorrente, fez referência a contatos telefônicos mantidos entre ele e os acusados Flávio Garcia da Silva e Francisco Sampaio Vieira de Faria, o primeiro Gerente Comercial e o outro Sócio-Diretor da Brasvit, no qual "*Vittorio externa a sua preocupação quanto à empresa concorrente CIEL*" (fl. 6.844-STJ) e, particularmente, a um diálogo envolvendo estes dois partícipes - Flávio e Francisco -, em que eles falam de uma concorrência vencida pela Brasvit, para aquisição de **aciclovir**, na qual, segundo o último, iria "*sobrar uns cento e vinte contos (120.000,00)*" e que foi dividido "*com a Pharmanostra*" (fl. 7.249-STJ).

Continuando, consigna a sentença, baseada nesta mesma escuta, que Francisco fala que mostrou "*pro gato (Vittorio Tedeschi)*", referindo-se ao valor acima, e arrematou "*o gato gosta*", além de citar o trecho em que Flávio Garcia, na mesma conversa, disse "*Ai hoje ele (o Vittorio) falou o negócio da*

Superior Tribunal de Justiça

LAMIVUDINA, eu falei: Sr. Vittorio, tem que pagar lá. 'Ah, mas meu caixa tá quebrado.' Ah seu VITTORIO, esse negócio é excelente, se o senhor quiser eu entro com o dinheiro. Deixa que eu controlo isso aqui" (fl. 7.249-STJ).

A decisão de primeiro grau, secundada pela do Tribunal Regional, demonstrou que Flávio e Francisco tinham estreito relacionamento com Vittorio (Francisco, inclusive, era seu genro) e que foram eles que entregaram o dinheiro, em dólares, para o respectivo funcionário, Darci Accorsi, em diversas oportunidades, tudo confirmado, segundo os julgados, por fotografias e as escutas telefônicas.

Não há, então, o que se falar em atipicidade ou em ofensa ao disposto no art. 29 do Código Penal, pois, como visto, Flávio e Francisco corromperam o aludido funcionário, tanto que registra expressamente que "*vários são os diálogos e, por conseguinte, os episódios de corrupção em que Francisco, Flávio e Darci traçam esquemas de facilidades e ilicitudes praticadas em favor da Brasvit e de empresas a ela associadas*" (fl. 7.246-STJ), incluída aquela preocupação do recorrente, antes consignada, com "*a empresa concorrente CIEL*", vez que, no rodapé da folha de n. 7.248-STJ, o togado singular fez constar que no "*diálogo travado em 23.06.2005, às 08:12 hs, tel. 81141500, entre Francisco e Flávio, restou evidenciada a imposição para que Darci Accorsi atrasasse pagamentos devidos pelo IQUEGO à empresa CIEL, com o fim de prejudicá-la junto a fornecedores internacionais*", numa clara demonstração de que o mando era de Vittorio.

A alegação, então, de que "*a participação deste seria apenas e tão somente o de ter conhecimento dos fatos alegados*" (fl. 8.758-STJ), como registra o recurso, não se sustenta, pois o **decisum**, partindo de fatos conhecidos e provados, relacionados com a corrupção ativa, chegou a conclusão de que Vittorio Tedeschi tomou parte do aludido crime, o que, aliás, é permitido pelo disposto no art. 239 do Código de Processo Penal.

Para chegar-se a qualquer conclusão em contrário, haveria a necessidade de revolvimento da prova, cujo exame é da restrita competência do primeiro e segundo graus.

O mesmo se diga em relação a corrupção ativa no âmbito da FIOCRUZ, em que o exame contido no julgado chegou ao mesmo veredicto.

Este recorrente, além disso, aduz que "*a ação teria se dado para propiciar a fraude à licitações*" e que, desta forma, o delito de corrupção ativa estaria absorvido por aqueles.

Superior Tribunal de Justiça

Tal sustentação, contudo, não pode ser conhecida, posto que não foi prequestionada nas instâncias ordinárias, já que nada se cuidou a respeito, conforme me pronunciarei adiante.

No tocante a aplicação da pena, o Dr. Juiz Federal não especificou, de fato, a qual das circunstâncias judiciais se referia, porém observou "*a forma censuravelmente ousada com que, através do uso odioso de seu poder econômico, o réu fazia de funcionários públicos seus fiéis vassalos, estimulando a desonestidade e a venalidade no seio da Administração Pública*" (fl. 7.338-STJ), o que revela que as circunstâncias do delito lhe são desfavoráveis.

Precisava dizer a que hipótese do art. 59 do Código Penal estava analisando? Claro, a melhor doutrina assim recomenda, mas não se pode desconsiderar tal fundamentação, que está baseada em fatos reconhecidos na sentença e que, como disse, se amolda a citada motivadora.

A desfavorabilidade dessa circunstância judicial, contudo, não autoriza que a reprimenda inicial se distancie tanto do mínimo legal, de sorte que, assim considerando, estabeleço-a nesta fase em 3 (três) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa.

As instâncias ordinárias louvaram-se em argumentos anteriores para impor as agravantes do motivo torpe e da liderança da empreitada criminosa, como, aliás, também faço, reportando-me aos fundamentos retro efetuosos, e, nestas condições, reconheço que está conforme o aumento observado, de 9 (nove) meses (também não ultrapassa 1/6 (um sexto), a que me referi anteriormente, para cada uma delas), de modo que a reprimenda passa a ser de 3 (três) anos e 9 (nove) meses e 140 (cento e quarenta) dias-multa.

Não há o que se discutir, enfim, até porque não foi abordado no apelo nobre, acerca da majorante estabelecida no § 1º do art. 333, antes indicado, de 1/3 (um terço), ficando, a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa.

Como foram duas as infrações, as instâncias ordinárias reconheceram o crime continuado, razão porque aumento-as em 1/6 (um sexto), e, assim, termina em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 217 dias-multa, no valor unitário indicado na sentença.

O recorrente Altineu Pires Coutinho reclama, em relação a este crime, somente da aplicação da reprimenda, mas, neste particular, cumpre ressaltar a deficiência na fundamentação, o que importa em ofensa a Súmula n.

284 do STF, já que nas respectivas razões a sustentação teve em conta a pena de 7 (sete) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (fls. 8.869-STJ), porém esta, nos embargos de declaração, julgado em 29/06/2011, pelo Tribunal Regional, acabou reduzida para 6 (seis) anos de reclusão (fls. 8.558-STJ).

Mesmo assim, tendo em conta que a situação dos dois recorrentes se assemelham, analiso a respectiva reprimenda, de sorte que, considerando que a sentença destaca, nos mesmos termos que Vittorio, uma única circunstância judicial, a pena-base deve ser a mesma, assim como as agravantes e as circunstâncias de especial de aumento acima impostas e a cujos argumentos também aludo, a sanção definitiva fica igualmente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário indicado na sentença, esta, a de multa, para não ofender o princípio da *reformatio in pejus*, já que foi o *quantum* estabelecido na primitiva sentença, que restou anulada.

7.4 - Do crime de quadrilha ou bando.

Ao destacar as circunstâncias judiciais, o juiz, ao impor a pena de Vittorio Tedeschi, consignou que ele "*participava de entidade criminoso dotada de estabilidade e estruturação, sendo esta caracterizada, em inúmeros episódios, por seu estupendo poder econômico e pela destinação à lesão contumaz de relevantes valores sociais*" (fl. 7.339-STJ).

A "*estabilidade e estruturação*" da associação delituosa integram o tipo penal e não identifiquei em que hipóteses do art. 59 se enquadrariam o "*poder econômico*" e a "*destinação da lesão*", até porque todas as infrações penais atingem "*relevantes valores sociais*".

Não há, então, como aplicar a reprimenda básica além do mínimo legal, pois, ao excluir a argumentação acima, é forçoso reconhecer que aquela deve ser de 1 (um) ano de reclusão, vez que, conforme leciona o Professor Cezar Roberto Bittencourt, um dos defensores neste Recurso Especial, "*se todas as operadores do art. 59 forem favoráveis ao réu a pena-base deve ficar no mínimo previsto*" (in Tratado de Direito Penal, Editora Saraiva, Volume 1, 14ª edição, página 637).

Seguindo a mesma orientação empregada aos outros delitos, cumpre reconhecer as agravantes do motivo torpe e do comando do grupo delitivo, em razão do que mantenho os 4 (quatro) meses fixados pelas

instâncias ordinárias, 1/6 (um sexto) para cada uma delas, terminando, pois, como definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, face a ausência de outras hipóteses modificadoras.

Os mesmos argumentos acima se amoldam ao recorrente Altineu Pires Coutinho, pois, na análise que antecedeu a imposição da pena-base, também fala em "*estabilidade e estruturação da quadrilha*" e "*notável poder econômico*", além, de "*destinação à lesão contumaz de relevantes valores sociais*", de modo que, por igual, não serve para justificar qualquer das circunstâncias judiciais, e, nestas condições, a sanção final, reconhecidas, igualmente, as mesmas agravantes, fica em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, até porque o Tribunal Regional excluiu, em relação a ele, a continuidade delitiva.

7.5 - Da ofensa, por analogia, a Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal.

Como visto no relatório, o sentenciado Vittorio Tedeschi ataca, ainda, "*a inconformidade*" do magistrado, "*ao que parece, com o sistema de aplicação de penas, com a política criminal de penas alternativas e, fundamentalmente, com as penas cominadas a determinadas infrações que, na sua opinião, deveriam ser mais graves, infringindo, por analogia, o disposto na referida Súmula nº 718*" (fl. 8.755-STJ).

Esta afirmação, que eu não encontrei no julgado e que o recorrente também não aponta onde se observa (a sentença tem 166 páginas), não passa de uma crítica à lei em tese, que não vai além de seu direito de opinião, e não trouxe o menor prejuízo ao recorrente, na medida em que as reprimendas foram impostas dentro dos limites cominados na respectiva norma.

E, além disso, tal argumento não se enquadra no disposto no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, o permissivo legal invocado no apelo especial, que fala em "*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*", em cujo rol não se enquadra, absolutamente, a súmula apontada como violada.

A propósito, transcrevo a seguinte ementa:

"(omissis)

2. Não merece prosperar a pretensão contrariedade ao

enunciado 359 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, consoante entendimento desta Corte, os verbetes ou enunciados dos tribunais não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial.

(omissis)" (STJ, Ag. Reg. no REsp nº 1.246.423/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 26.3.2013, grifei).

Não conheço, portanto, dessa argumentação.

8. Da inaplicação do art. 69 do Código Penal em relação aos crimes previstos nos arts. 90 e 96 da Lei nº 8.666/93 e o delito de corrupção ativa qualificada.

Conforme afirmei anteriormente, no item 7.3, o Tribunal de origem, de fato, não examinou esta matéria, mesmo provocado por embargos de declaração, pois, ao tratar do assunto, registrou que "*no tocante às teses defensivas de absorção de crimes, aplicação da continuidade delitiva e de consideração de atenuantes e desconsideração de agravantes, tampouco houve omissão no julgado, que simplesmente decidiu de maneira contrária aos pedidos da defesa*", com o arremate de "*que o julgamento válido não precisa debruçar-se sobre todos os argumentos levantados, para atendimento ao comando constitucional do art. 93, IX, da CF/88, desde que expresse fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia*" (fl. 8.567-STJ).

Diante desta sustentação, cabia ao recorrente alegar ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal e solicitar a nulidade do julgado neste ponto, para que o Tribunal *a quo* se manifestasse expressamente sobre o tema, sob pena de aplicação da Súmula n. 211 do desta Corte Superior, que estabelece que é "*inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*"

Além disso, cumpre destacar o que segue:

"(omissis)

3. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça formou-se no sentido de que a mera oposição de

Superior Tribunal de Justiça

embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão recorrido .

4. Portanto, cabe à parte recorrente, em suas razões de recurso especial, caso entenda que persiste a omissão no julgado, alegar ofensa ao art. 535 do CPC, bem como demonstrar em que consiste a apontada omissão " (AgRg no REsp n. 1.058.433/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 21.2.2011, grifei).

Mesmo assim, não custa consignar que a postulação não reúne a menor condição de prosperar, pois as alegações constantes no recurso são totalmente incompatíveis, na medida em que sustentam, num primeiro momento, que o crime "*de corrupção ativa, se existente, estaria claramente absorvido pelos supostos delitos de frustrar e fraudar licitação, dos quais, segundo a própria narrativa da Denúncia, aquele foi simples meio executivo, aplicando-se, in casu, o Princípio da Consunção*" (fl. 8.761-STJ, destaques do original), porém, na sequência, pede a aplicação do crime continuado.

Ora, se há a absorção de uma infração pela outra, da corrupção ativa pela fraude licitatória, a solução seria a absolvição no tocante àquele que se diz meio e não o reconhecimento da ficção da continuidade delitiva, como postula o recurso.

Além disso, não procede a afirmação contida nas razões do apelo nobre, de que, na denúncia, constou que o oferecimento de vantagem objetivava a inclusão "*nos editais de licitação, requisitos e condições que levariam ao afastamento de concorrentes, fraudando, assim, o caráter competitivo dos certames*" (fl. 8.761-STJ), o que, aliás, pode até ter acontecido, mas a acusação, ao contrário, ao referir especificamente a "*propina*" paga ao Sr. Darci Accorsi, observou que este "*vem municinando a organização com informações privilegiadas sobre as licitações que serão concretizadas pelo Laboratório*", em benefício das "*empresas do grupo liderado pela Brasvit*", com a complementação de que "*com preferências em relação ao pagamento de faturas vencidas ou a vencer, e, de outro lado, prejudicando empresas que não fazem parte do grupo*" (fl. 32-STJ), tal como, aliás, já me referi alhures, citando uma firma concorrente – a CIEL.

Estas circunstâncias, que, conforme ressaltaram as instâncias encarregadas do exame da prova, estão demonstradas, revelam, com todas as

letras, que a corrupção ia bem mais adiante do que restou aduzido, ou seja, objetivava, com ela, obter o exaurimento da fraude – o efetivo pagamento.

Não há, então, que se falar em inaplicação do concurso, e, neste aspecto, cumpre ressaltar que este julgado, ao final, acabou reconhecendo a ocorrência do concurso formal, entre os citados crimes, e não o material, cuja aplicação terminou impugnada pela parte, e que ora se responde.

9. Do dispositivo.

Isto posto, conheço, em parte, dos recursos especiais, e, na parte conhecida, dou-lhes parcial provimento, apenas para adequar as reprimendas, nos termos expostos na parte que tratou da dosimetria das penas (item 7), de modo que a pena de Vittorio Tedeschi termina em 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de sanção privativa de liberdade, sendo deste total, 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção e multa de 2,33% (dois vírgula trinta e três por cento) sobre o valor dos contratos e 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 217 (duzentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário indicado na sentença. Já a pena de Altineu Pires Coutinho fica em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de pena privativa de liberdade, sendo desse total, 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e multa de 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos e 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário indicado na sentença, mantida esta nos demais aspectos.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2012/0072990-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.315.619 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200451015308884 200551015157140 200551015237080 5237087720054025101

PAUTA: 07/05/2013

JULGADO: 14/05/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : V T
ADVOGADO : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(S)
RECORRENTE : A P C
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE PIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : FRANCISCO SAMPAIO VIEIRA DE FARIA
CORRÉU : FLÁVIO GARCIA DA SILVA
CORRÉU : PREMANANDAM MODAPOHALA
CORRÉU : DARCI ACCORSI
CORRÉU : LUIZ CÉSAR ALBERNAZ AYROSA
CORRÉU : RONALDO ALEXANDRE FONSECA
CORRÉU : CÉSAR AUGUSTO ALEXANDRE FONSECA
CORRÉU : JOSÉ AUGUSTO ALVES LUCAS
CORRÉU : WILSON CARVALHO
CORRÉU : GAO JINGSONG
CORRÉU : MARCELO CORTES FREITAS COUTINHO
CORRÉU : ANTONIO AUGUSTO MENEZES TEIXEIRA
CORRÉU : ALTIVO GOLD BITTENCOURT PIRES
CORRÉU : GILBERTO DA SILVEIRA CORREA
CORRÉU : JOSE OTAVIO KUDSI MACEDO
CORRÉU : GERALDO DA COSTA BRITO
CORRÉU : CELSO QUINTANILHA D AVILLA
CORRÉU : LUIZ DE MELLO MAIA FILHO
CORRÉU : LEONARDO LUIS ROEDEL DE ASCENCAO
CORRÉU : ALEXANDRE NEY DE OLIVEIRA RAED
CORRÉU : RAFAEL CARVALHO
CORRÉU : RAIMUNDO DA CUNHA LEONARDO
CORRÉU : MARIO LUIZ VIANA TIRADENTES
CORRÉU : RAFAEL CORTEZ FREITAS COUTINHO
CORRÉU : JULIO CEZAR CANOVA
CORRÉU : JOSE PEREIRA VILLELA

Superior Tribunal de Justiça

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Paz Pública - Quadrilha ou Bando

SUSTENTAÇÃO ORAL

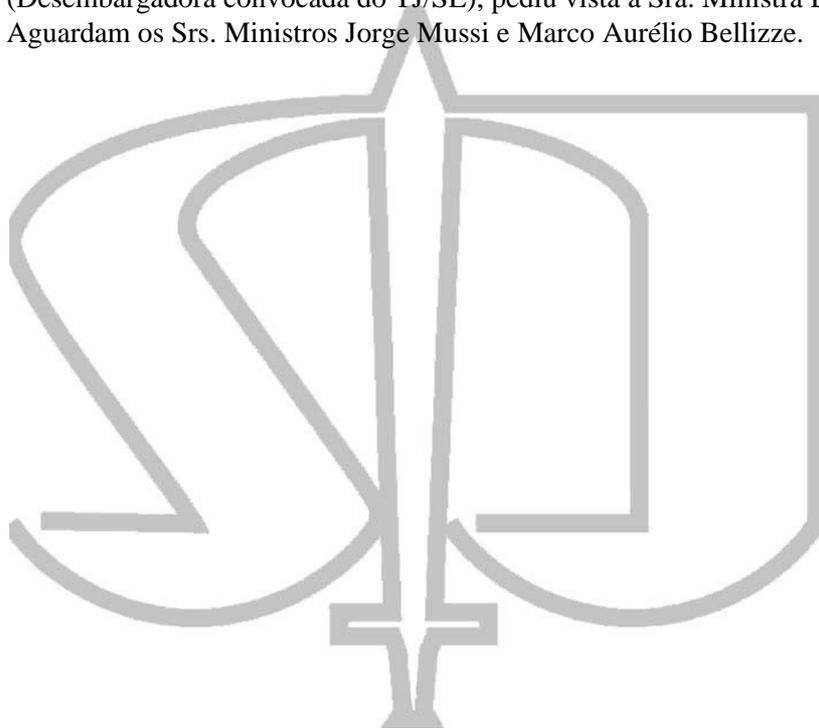
SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. CEZAR ROBERTO BITENCOURT (RECTE: V. T),
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER (RECTE: A .P.C.) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo parcialmente dos recursos e, nessa parte, dando-lhes parcial provimento, no que foi acompanhado pelo voto da Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), pediu vista a Sra. Ministra Laurita Vaz".

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.619 - RJ (2012/0072990-3)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Senhor Presidente, Senhores ministros, depois de ouvir com atenção o minudente relatório e as brilhantes sustentações orais dos ilustres advogados, seguido do percuciente voto do eminente Ministro Campos Marques, pedi vista dos autos para melhor analisar algumas das várias questões muito bem respondidas pelo Relator.

Por oportuno, listo as condenações impostas aos Recorrentes ao final do julgamento das apelações, em acórdão do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, integrado pelo dos subseqüentes embargos de declaração.

I - VITTORIO TEDESCHI foi condenado, em concurso material, a um total de 19 anos, 1 mês de pena privativa de liberdade (sendo 9 anos e 8 meses de reclusão; 9 anos e 5 meses de detenção), em regime inicial fechado, e 280 dias-multa e pena pecuniária a ser acrescida, além de perdimento de bens e valores, assim individualizada:

- 5 anos e 3 meses de detenção, além de multa de 2% sobre o valor dos contratos fraudados, como incurso, **por nove vezes, no art. 90 da lei n.º 8.666/93;**

- 4 anos e 2 meses de detenção, além de multa de 2% sobre o valor dos contratos fraudados, como incurso, **por uma vez, no art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93;**

- 7 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão, além de 280 dias-multa, no valor de 3 salários mínimos vigentes à época dos fatos, como incurso, **por duas vezes, no art. 333, parágrafo único, do Código Penal;** e

- 2 anos e 4 meses de reclusão, **uma vez, no art. 288 do Código Penal.**

II - ALTINEU PIRES COUTINHO foi condenado, em concurso material, a um total de 13 anos de pena privativa de liberdade (sendo 8 anos, 4 meses de reclusão; e 4 anos e 8 meses de detenção), em regime inicial fechado, e 280 dias-multa e pena pecuniária a ser acrescida, além de perdimento de bens e valores, assim individualizada:

- 4 anos e 8 meses de detenção, além de multa de 2% sobre o valor dos contratos fraudados, como incurso, **por três vezes, em continuidade delitiva, no art. 90 da lei n.º 8.666/93;**

- 6 anos de reclusão, além de 216 dias-multa, no valor de 3 salários mínimos

vigentes à época dos fatos, como incurso, **por duas vezes, em continuidade delitiva, no art. 333, parágrafo único, do Código Penal;**

- 2 anos, 4 meses de reclusão, como incurso, **por duas vezes, em continuidade delitiva** (mas não computada em face da proibição da *reformatio in pejus*) **no art. 288 do Código Penal.**

Rememoro, em apertada síntese, para retomada da discussão, as questões trazidas pelos Recorrentes nas razões de seus recursos especiais:

I - VITTORIO TEDESCHI alegou, em suma, negativa de vigência aos seguintes artigos:

(i) art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal, porque o juiz sentenciante teria expressado avaliações pessoais com "carga preconceituosa" a viciar sua imparcialidade de julgador;

(ii) art. 79 do Código de Processo Penal, uma vez que a cisão do processo teria acarretado prejuízos à sua defesa, mormente depoimentos dos demais acusados no processo original;

(iii) arts. 158 e "seguintes" do Código de Processo Penal, na medida em que foi indeferido o pedido de realização de perícia que pretendia provar a origem lícita de seu patrimônio, o que demonstraria que o sequestro dos bens próprios e de seus familiares foi medida arbitrária e sem base legal;

(iv) art. 90 da Lei n.º 8.666/93, em razão da sua inadequação típica e do concurso aparente de normas, em detrimento do inciso I do art. 96 da mesma lei;

(v) art. 59 do Código Penal, em face da ausência e/ou deficiência de fundamentação na fixação da pena-base de cada delito;

(vi) art. 61, inciso II, alínea *a*, do Código Penal, porque o assim considerado "*intuito de lucro fácil e sujo*", utilizado para majorar a pena, "*nos crimes licitatórios em questão, [...] é elemento constitutivo dos crimes*" (fl. 8757);

(vii) arts. 333 e 29 do Código Penal, porque a condenação por corrupção ativa se deu "*sem que houvesse qualquer base probatória da ação direta exigida pelo tipo penal, o que acarreta a sua atipicidade*" e, "*mesmo que se cogitasse a participação deste Recorrente, apenas por amor ao debate, o art. 29 do CP teria sido desrespeitado, posto que a alegada participação deste seria apenas e tão somente o de ter conhecimento dos fatos alegados*" (fl.

8758);

(viii) arts. 69 e 71 do Código Penal, uma vez que "o artigo 69 do Codex Penal não seria aplicável, posto que não houve diversas ações, mas, em tese, a manutenção do mesmo suposto modus operandi, que estaria previsto no artigo 71 do mesmo Diploma", ponderando que "o crime de corrupção ativa, se existisse, estaria claramente absorvido pelos supostos delitos de frustrar e fraudar licitação, os quais [...] aquele foi simples meio executivo" (fl. 8761).

(ix) arts. 2.º, inciso II, 4.º e 5.º da Lei n.º 9.296/96, uma vez que não restaram demonstrados os requisitos para se autorizar a interceptação telefônica, constituindo, assim, nulidade da decisão e, por conseguinte, dos autos subsequentes.

II - ALTINEU PIRES COUTINHO, por sua vez, em resumo próprio, alegou violação aos seguintes artigos:

"(i) art. 2.º da Lei 9.296/96, na medida em que convalidou decisão judicial que determinou a quebra de sigilo telefônico como medida inaugural de investigação;

(ii) art. 5.º da Lei 9.296/96, na medida em que convalidou decisão de quebra e de renovação de quebra de sigilo telefônico carente de fundamentação;

(iii) art. 5.º da Lei 9.296/96, por convalidar interceptação telefônica que extrapolou, a mais não poder, o limite temporal para a medida;

(iv) arts. 79 e 82 do CPP, por convalidar decisão que negou o remembramento do processo e a possibilidade de o recorrente exercer o direito de participar da produção de prova testemunhal;

(v) art. 381, III, do CPP, em virtude de o acórdão apresentar motivação deficiente, não enfrentando importantes teses defensivas;

(vi) art. 59 do CP, em virtude de o acórdão fixar pena acima do mínimo legal sem observar estritamente as regras de direito pertinentes" (fls. 8816/8817)

Passo à análise das questões suscitadas pelos Recorrentes, seguindo a ordem estabelecida no voto do eminente Relator.

1 - Da apontada negativa de vigência ao art. 79 do Código de Processo Penal, alegada pelos dois Recorrentes, sendo que ALTINEU também arguiu, no ponto, violação ao **art. 82 do Código de Processo Penal**.

No que diz respeito à pretensão de reunificação dos processos, a insurgência não merce acolhida porque a conveniência da separação dos processos foi sobejamente

fundamentada pelo juízo processante, a teor do art. 80 do mesmo Código, e em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte.

Quanto ao suposto prejuízo em razão da falta de depoimentos de testemunhas indicadas pelos demais acusados no processo original, também não se sustenta a alegação. Conforme bem anotado no voto do eminente Relator, o Tribunal *a quo* "*respondeu a referida argumentação, deixando claro que, 'se alguma testemunha, documento ou diligência relevantes chegaram ao conhecimento de seus competentes advogados após aquela fase, mesmo que, já produzidas no processo originário, também lhes seria possível pugnar sua produção no próprio processo desmembrado, bem como pedir ao juiz a requisição de cópias de provas produzidas nos autos daquele processo'* (fl. 8.992-STJ), *mas os dois apelos nobres não impugnaram especificamente esta sustentação, circunstância que, por igual, atrai a incidência do enunciado n. 283 da Súmula da Excelsa Corte, que estabelece que 'é inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'.*"

De fato, só de testemunhas a serem ouvidas no processo originário havia mais de setenta, conforme esclareceu o juízo de primeiro grau. Ora, havendo fundadas razões para a separação dos processos, como no caso, se a oitiva desse ou daquele personagem em outros autos era do interesse da Defesa, deveria esta ter requerido ao Juízo processante, em momento oportuno, identificando a real utilidade de tal providência, o que não ocorreu.

2 - Da referida negativa de vigência aos arts. 158 e "seguintes" do Código de Processo Penal.

O primeiro Recorrente pretendia que documentos juntados aos autos fossem periciados, a fim de que se apurasse o montante do prejuízo ao erário. Pretendia, ainda, que fosse periciado seu patrimônio, para que se demonstrasse sua origem lícita.

Ao indeferir o pleito, as instâncias ordinárias o fizeram anotando a preclusão e a desnecessidade da providência. O Recorrente, no entanto, não infirmou o primeiro fundamento, bastante para manter a conclusão do julgado. Incide, portanto, na espécie o verbete sumular n.º 283 do STF, conforme consignou o Relator.

3 - Da alegada negativa de vigência ao art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal.

Conforme bem anotado no acórdão recorrido, que, aliás, também censurou

certo excesso do magistrado processante, "*as expressões citadas pelas defesas não indicam elementos relevantes e suficientes para caracterizar ausência de imparcialidade do juiz que proferiu a sentença*". De fato, a despeito da utilização pelo magistrado de expressões um tanto incisivas, a descortesia ou a deselegância, oportunamente censuradas, repita-se, não implicam comprometimento da imparcialidade.

Com ponderação também observou o Relator que "*isto, por si só, não significa parcialidade, pois é fácil de constatar que tudo não passou de indignação, fruto, provavelmente, da reiteração de casos envolvendo ataques aos cofres públicos, como é o caso, além da grande impunidade que envolve a corrupção no país.*"

4. Da alegada negativa de vigência ao art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal.

Sustenta ALTINEU que o acórdão apresenta motivação deficiente e não enfrentou importantes teses defensivas, referindo-se a nulidades decorrentes da falta de fundamentação das decisões que determinaram as interceptações telefônicas, do cerceamento de defesa decorrente da cisão do processo e do próprio exame do mérito da causa.

Na mesma linha do eminente Relator, entendo que o acórdão que confirmou a sentença condenatória não padece desse vício. De fato, foi declinada fundamentação idônea tanto para a rejeição das preliminares quanto para o juízo condenatório, não havendo nulidade a ser proclamada.

5 - Da alegada contrariedade ao art. 90 e ao art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993.

Alega VITTORIO que, além da inadequação típica, ainda haveria *bis in idem*. Assevera ser "*impossível que duas normas penais possam incidir sobre os mesmos fatos naturais*" (fl. 8739).

Dispõem, a propósito, os mencionados artigos:

"Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."

"Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela

decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;"

Apoiado em doutrina de escol, o acórdão recorrido concluiu, com acerto, que *"um dispositivo não exclui o outro, existindo a possibilidade de concurso de crimes. No art. 90, a fraude atinge o caráter competitivo do certame, enquanto no art. 96, I, a fraude à licitação se dá mediante a conduta vinculada de elevação dos preços arbitrariamente. Ou seja, no art. 90, combina-se e exclui-se a concorrência para que empresa predeterminada ganhe a licitação (provavelmente com pagamento de comissão ao vencido); no art. 96, I, além disso, o ganho ainda advém do superfaturamento "* (fl. 8302).

Nada a reparar.

6. Da alegada violação aos arts. 2.º, inciso II, 4.º e 5.º da Lei n.º 9.296/96.

Alegam os Recorrentes a nulidade da quebra do sigilo telefônico, uma vez que a interceptação telefônica foi autorizada como medida inaugural de investigação, sem fundamentação válida, assim como as prorrogações, e ainda extrapolando o limite temporal.

Não procedem as alegações, contudo.

Por oportuno, registro minhas sinceras homenagens aos combativos advogados, em especial às brilhantes sustentações orais das defesas, que contaram com a participação de ilustres professores, a nos brindar com seus valiosos ensinamentos.

Não obstante todas as válidas ponderações no sentido de não se vulgarizar a medida extrema, nem se adotar tamanha intromissão na intimidade como forma primária de investigação, **analisando o caso específico dos autos**, *concessa venia*, não vislumbro nenhum excesso tampouco falta de fundamentação das decisões que determinaram as interceptações telefônicas. As sucessivas prorrogações, de igual forma, restaram mais do que justificadas, conforme suficientemente esclarecido no acórdão recorrido, bem analisado no laborioso voto do Relator, ao qual adiro.

Com efeito, ao compulsar os autos, no primeiro volume dos apensos, observa-se que a Autoridade Policial Federal, por meio do ofício n.º 309/04 (fls. 03/09), acompanhado de minucioso relatório de inteligência (fls. 10/61), representou pela quebra do sigilo telefônico dos então investigados VITTORIO e ALTINEU, apresentando fartas evidências de fraudes contra a administração pública, *"em especial, envolvendo a contratação de prestação de serviços da empresa BRASIL SUL pelo Instituto Nacional de*

Superior Tribunal de Justiça

Traumato-Ortopedia - INTO, para coleta, lavagem e recuperação de roupas usadas". O contexto explicitado pelo relatório policial dá conta da existência, à época, de outros inquéritos em tramitação, em que a empresa dos ora Recorrentes estava sendo investigada por fraudes diversas na prestação de serviços a outros órgãos de saúde pública. Ponderou a Autoridade Policial Federal que, "Pela natureza dos delitos investigados, ou seja, crimes praticados por quadrilha em possível modalidade de organização criminosa, a interceptação telefônica solicitada torna-se imprescindível vez que não é possível realizar uma eficaz coleta de provas, suficientes para conhecer e revelar com profundidade as atividades criminosas dos investigados, através dos tradicionais métodos investigativos, sem expor a investigação às ações obstrutivas dos investigados e ao fracasso" (fl. 08 - apenso 1).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 68/76, endossou a representação policial, ressaltando a existência de notícias veiculadas pela imprensa que estimavam o montante das fraudes sob investigação em 170 milhões de reais. Aludiu aos vários inquéritos em andamento, instaurados para apurar crimes semelhantes com idêntico *modus operandi*. Afirmou o Procurador da República oficiante, depois de listar as várias evidências que sugeriam a participação dos ora Recorrentes nos crimes em investigação, que "São deveras robustos os indícios de participação dos requeridos, diretamente ou através das empresas que dirigem, em diversos crimes contra a administração pública" (fl. 75).

O Juiz Federal, ao deferir a quebra do sigilo telefônico, fundamentou a decisão nestes termos:

"[...]

Relatados, decido.

De fato, verifico, pelo cotejo do conjunto probatório relatado nos autos até o momento, que realmente as medidas ora vindicadas lastreiam-se em elementos de prova que conduzem à verossimilhança das fundadas suspeitas, sendo que, para melhor desvendar as nuances da referida organização criminosa, revela-se imprescindível a medida (art. 2.º, inciso II da lei n. 9.296/96), posto que não será possível, caso indeferido o pleito, como bem salientado pelo MPF, fazer eventual prova do nexo causal envolvendo os investigados, que atuam através de pessoas jurídicas e contam com a colaboração de servidores públicos de alto escalão e de autoridades políticas.

O requisito do periculum in mora, de seu turno, nas palavras autorizadas de ADA PELLEGRINI GRINOVER, 'est'únsito na necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova'.

De outro giro, há indícios bastante sólidos de autoria, de molde a satisfazer o requisito do inciso I do artigo 2.º da Lei de Regência. Outrossim, as infrações penais que se desejam apurar são punidas com pena de reclusão,

Superior Tribunal de Justiça

tudo a preencher o requisito legal consignado no inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 9.296/96.

Destarte, face os argumentos expendidos pelos ilustres membros do Parquet, e presentes os requisitos expostos na Lei n.º 9.296/96, a fim de viabilizar a continuidade das investigações sobre o esquema criminoso da quadrilha, DEFIRO o pleito, determinando a INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, por 15 (quinze) dias, dos terminais [...]." (fls. 78/79 - apenso 1)

O acórdão recorrido, a propósito, examinou detidamente a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, repelindo-a, fundamentadamente, como se lê às fls. 8275/8285. Ressaltou o voto-condutor do julgado que *"a situação a ser investigada estava bem delimitada, qual seja, a existência de uma associação de pessoas, bem estruturada, nos moldes do art. 288 do CP, c/c art. 1.º da Lei n. 9.034/95 para obter vantagens indevidas com licitações no INTO, em desfavor da Administração Pública cujas apurações já andavam em âmbito administrativo, sob a gestão do Diretor Dr. SÉRGIO CORTES, que, por conta das medidas administrativas moralizadoras que tomou (fl. 03 do apenso), sofreu ameaças e atentados com disparos de arma de fogo contra seu veículo, apurados no IPL n.º 530/03 (fl. 04 do apenso) e chegou a ficar sob proteção policial (fl. 390)"* (fl. 8280). No que se refere às sucessivas prorrogações, asseverou que *"Claro está que o imprescindível se extraía da situação concreta que se apresentava, valendo notar que em se tratando de fatos delituosos que visavam a participação concertada de empresas em processo de licitação, que por sua própria natureza duram no tempo até chegar à adjudicação do objeto burlado, as prorrogações eram imprescindíveis para se chegar ao panorama completo do conjunto da obra delituosa"* (fl. 8282).

Pelo que se vê, a partir da leitura dos autos, a combativa defesa dos Recorridos – **efetivamente condenados** pelas instâncias ordinárias por vários crimes graves contra a administração pública –, na verdade, se vale de teses acadêmicas eloquentes contra um suposto uso indiscriminado e ilegal da medida excepcional, as quais, *concessa venia*, não encontra substrato fático nestes autos para sustentar sua arguição de nulidade, pelo todo visto, absolutamente inexistente.

7 - Da alegada negativa de vigência do art. 59 do Código Penal.

Os dois Recorrente se insurgem contra a dosimetria da pena.

O Relator analisou, separadamente, a pena imposta a cada Recorrente, por cada

um crimes, examinando também as outras arguições correlatas no mesmo tópico. Faço o mesmo, observando a sequência já estabelecida.

7.1 - Do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

No que se refere à **primeira fase** de fixação da pena, sustenta o Recorrente **VITTORIO TEDESCHI** que o magistrado sentenciante, ao fixar a pena-base, não poderia ter considerado em seu desfavor, como consequências do crime, o fato de ele ter contribuído "*de forma relevante para a sangria dos cofres públicos em milhares de reais*" (fl. 7.335), uma vez que, de um lado, isso seria resultado natural do crime e, de outro lado, há exagero em elevar a pena mínima pela metade.

Entendeu o eminente Relator por reduzir a pena-base, considerando, primeiro, a *reformatio in pejus*, já que o acórdão acresceu outra circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do crime), além da que a sentença havia reconhecido (consequências do crime), em recurso da defesa; e, segundo, verificou a **desproporcionalidade** do aumento, fixado em patamar intermediário (3 anos), sendo que só havia **uma** circunstância judicial desfavorável. Ponderou o Relator que "*Como apenas uma das hipóteses do art. 59 do Código Penal é contrária ao acusado em destaque, a sanção básica não poderia, de fato, ter sido fixada no termo médio, já que à infração em pauta a lei comina a pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*" E, ato contínuo, concluiu: "*Portanto, considerando os argumentos apresentados em primeiro grau, acima referidos, que, diga-se, se mostram eloqüentes, fixo-a em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de detenção.*"

Na **segunda fase**, manteve o Relator as duas agravantes, nestes termos:

"As razões do apelo especial reclamam, na seqüência, do reconhecimento do motivo torpe, uma vez que os respectivos argumentos já serviram para tipificar a infração.

O tipo penal, de fato, fala no intuito de obter vantagem, porém o juízo de maior censura, embora diga respeito a vantagem obtida, está relacionada a conduta "ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade", como define motivo torpe o festejado doutrinador Paulo Queiroz (in Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 2ª edição, página 345), conforme se verificou na espécie, já que atingiam a saúde pública, que vive, ainda agora, numa situação de penúria total e da qual dependem, como consignou o juiz, "tantos miseráveis que prescindem dos recursos públicos" (fl. 7.336-STJ).

Esta Colenda Corte tem, pelo menos, um precedente, que, guardadas as proporções, se amoldam ao caso, a saber:

"[...]"

Superior Tribunal de Justiça

Apesar de o crime de furto ser de natureza patrimonial, a gravidade exarcebada da lesão à vítima justifica a valoração negativa das consequências do delito" (HC n. 210.471-MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 26.9.2012, grifei).

Bem agiram, portanto, as instâncias ordinárias, ao reconhecer tal agravante.

Por outro lado, cumpre destacar que a denúncia, não só pela colocação dos ora recorrentes na relação de acusados - são os primeiros -, deixou bem claro que eles "lideram duas organizações criminosas constituídas há mais de 10 (dez) anos e em franca atividade" (fls. 12-STJ), o que, até pelo reconhecimento da agravante prevista no art. 62 inciso I, da citada legislação penal, restou tido como comprovado tanto pelo juízo como pela Corte Regional, que são os encarregados do exame da prova.

Dizer o contrário, como pretende o recurso, importa no reexame do acervo probatório, o que não é possível na via escolhida, haja vista os termos da Súmula n. 7 do STJ.

*Presentes, então, duas agravantes, acima articuladas, há que se reconhecer que o aumento de 6 (seis) meses, estabelecido no **decisum**, está conforme a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial, que a recomenda em, no máximo, 1/6 (um sexto), para cada uma delas.*

Veja-se, a propósito:

"[...]

Embora a lei penal não estabeleça parâmetro específico para o aumento da pena diante da verificação de existência de circunstância agravante, a jurisprudência desta Corte tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela incidência da agravante da reincidência, deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, o que não ocorreu no caso concreto" (HC 186.943/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 22.5.2012, grifei).

No mesmo sentido, veja-se o HC n.º 147.840/RJ, em que foi relator o Ministro Sebastião Reis Júnior.

A sanção, então, passa a ser de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses."

E na terceira fase, arrematou:

"Na terceira fase, em razão da continuidade delitiva, o aumento ficou bem aquém do recomendado, já que restou identificada tal prática criminosa por nove vezes, de sorte que, considerando o que determinou a sentença, majoro-a da metade (1/2), terminando a sanção, em relação aos crimes previstos no art. 90 da Lei n. 8.666/93, em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Como não há reclamação em relação a pena de multa, fica esta mantida em 2% (dois por cento) sobre o "valor dos contratos cuja licitação foi fraudada" (fl. 7.337-STJ)."

Quanto ao Recorrente **ALTINEU PIRES COUTINHO**, consignou o Relator:

"O outro recorrente, Altineu Pires Coutinho, fez a mesma impugnação.

Com relação a ele, o magistrado de primeiro grau observou uma única circunstância judicial, de modo que cabe aqui, perfeitamente, a argumentação acima, ou seja, que a reprimenda básica deve se situar um pouco acima do mínimo, razão porque fixo-a em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de detenção.

Presentes, por igual, as duas agravantes já referidas, a cujos fundamentos me reporto, e, assim, aumento a sanção em 6 (seis) meses, de forma que passa a ser 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção.

Em relação a continuidade delitiva, faço a mesma observação acima, a aumento-a da metade (1/2), ficando a pena, em relação ao crime do art. 90 da Lei n. 8.666/93, em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, além da multa de 2% (dois por cento) antes apontada."

Quanto ao Recorrente **VITTORIO**, tenho por irrepreensível o redimensionamento implementado pelo eminente Relator na pena-base, bem assim os ajustes daí decorrentes, mas reafirmando a incidência das agravantes e causas de aumento consideradas pelas instâncias ordinárias.

Todavia, quanto ao Recorrente **ALTINEU**, vislumbro um pequeno reparo a ser feito na **terceira fase**, porque a continuidade delitiva foi reconhecida em face de **três** crimes do art. 90 da Lei n.º 8.666/93, tendo a Corte Regional estabelecido um aumento de 1/3, não de 1/2. E, ainda assim, o aumento merece ajuste, para ser fixado no patamar de **1/5**, em atenção à jurisprudência desta Corte, no sentido de que *"o critério a ser utilizado para a realização do aumento da pena em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva, é o do número de infrações cometidas"* (HC 47.652/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 416).

Assim, pelos três crimes do art. 90 da Lei n.º 8.666/93, em continuidade delitiva, fixo para o Recorrente **ALTINEU** a pena definitiva de 3 anos e 6 meses de detenção, além da multa já estabelecida.

7.2. Do crime previsto no art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93.

Ressaltou o Relator o acerto das instâncias ordinárias na fixação da pena para esse crime ao Recorrente **VITTORIO**, com estas considerações:

"Ao estabelecer a reprimenda para este delito, o togado singular fez referência às considerações efetivadas quando da imposição da pena ao outro crime, de sorte que, não há dúvida, considerou como desfavorável as

Superior Tribunal de Justiça

consequências da infração, e, em razão disso, estabeleceu-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, um pouco acima do mínimo legal.

A ausência de indicações acerca das hipóteses do art. 59 do Código Penal, como ocorreu na espécie, não é de melhor técnica, todavia, há que se reconhecer, que tal regramento restou cumprido, pois identificou a circunstância judicial que autorizou a pena-base estabelecida, o que, tenho para mim, é o suficiente, posto que, segundo orienta Mirabete, é "obrigatória a consideração daquelas que devem influir na aplicação da sanção, para que possam as partes tomar conhecimento das razões que levaram o juízo a fixá-la" (in Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 7ª Edição, página 297).

Este, por igual, é o escólio de Heleno Cláudio Fragoso, que, invocando o ensinamento de Lothar Schmidt, refere que "o acusado tem não apenas o direito de saber por que é punido como também o direito de saber por que recebe esta pena" (in Lições de Direito Penal, Parte Geral, Editora Forense, 17ª Edição, página 409), tal como se observa na espécie, já que, como ficou dito, evocou a análise efetivada em relação ao crime antecedente, que, não há dúvida, se amolda àquele, inclusive em decorrência das circunstâncias em que foram cometidos.

Reconheceu, na sequência, as mesmas agravantes - do motivo torpe e da direção dos demais partícipes -, as quais se fazem presentes, pela argumentação acima, razão pela qual aumentou em 8 (oito) meses, o que me parece adequado, pois, considerando que são duas, não ultrapassou ao 1/6 (um sexto) a que me referi anteriormente, de modo que terminou definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, além da multa."

No entanto, anotou o Relator em seu voto a existência de **concurso formal**, e não material, entre os crimes dos arts. 90 e 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 – questão, a propósito, examinada **de ofício**, porque não houve alegação de violação ao art. 70 do Código Penal –, consignando:

"O delito em apreço, o do art. 96, inciso I, foi cometido no Pregão n. 56/2005, do LAFEPE (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco), em que se adquiriu o medicamento **anciclovir** .

Na análise desse ponto, a sentença mostrou que o recorrente Vittorio Tedeschi participou da ação que resultou na frustração do "caráter competitivo do procedimento licitatório", posto que acabou definido que a empresa Brasvit, que era de sua propriedade, seria a vencedora, como de fato foi, e, além disso, acabaram por fraudar a licitação, "em prejuízo da Fazenda Pública", pois, na forma da decisão monocrática e do julgado de segundo grau, o referido produto foi "vendido pelo preço de R\$ 7.679,00 (sete mil e seiscentos e setenta e nove reais)" a unidade, muito embora tenha sido adquirida por apenas U\$ 420,00 (quatrocentos e vinte dólares) (fl. 7.237-STJ), cujo valor, ao câmbio da época, equivaleria a R\$ 1.050,00 (hum mil e cinquenta reais) (fls. 30-STJ)

Observa-se, assim, que foi uma conduta e dois resultados criminosos, o que leva a conclusão que, ao invés do concurso material, entre o delito em exame e o do art. 90, configurou, isto sim, o concurso formal."

Superior Tribunal de Justiça

E, a partir dessa constatação, refez a dosimetria das penas:

"Nestas condições, considerando as duas sanções já impostas em decorrência do crime do art. 90 e o do art. 96, inciso I, há que se aplicar a reprimenda mais grave, que foi a estabelecida a este último tipo, de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, aumentada de 1/6 (um sexto), já que se tratam de dois crimes, o que passa a ser, então, 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de detenção.

*Sobre este **quantum**, cumpre estabelecer o acréscimo relativo ao crime continuado, reconhecido em relação ao delito do art. 90 da citada lei, que foram cometidos por nove vezes, isto é, de metade (1/2), na forma decretada na sentença, cujo aumento, como já falei, ficou bem aquém do possível, haja vista o número de infrações, de modo que termina em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.*

Em relação a multa, estabeleceu-se, por igual o concurso material, porém, segundo a orientação acima, aplica-se uma delas (foram iguais), 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos, o que termina, pois, em 2,33 % (dois vírgula trinta e três por cento).

Assim, em conclusão, para os delitos previstos na Lei das Licitações, cuja pena, inicialmente, fora imposta em 9 (nove) anos e 5 (cinco) meses de detenção e 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos, por duas vezes, com a aplicação do concurso material, fica reduzida para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias, e multa de 2,33% (dois vírgula trinta e três por cento) sobre o valor dos contratos."

Peço vênua ao Relator para, nesse ponto, discordar. Creio que não se trata de concurso formal, porque **duas** foram as condutas.

De um lado, tanto o Juízo Federal sentenciante quanto a Corte Regional consideraram o Recorrente VITTORIO como incurso, em uma das nove vezes, no art. 90 da Lei n.º 8.666/93, quando, promovendo **acordo** entre as empresas participantes, com o auxílio de seus subordinados, **frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório** no pregão n.º 56/2005, do Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco – LAFEPE, para compra do medicamento "anciclovir", direcionando o processo de escolha para a empresa Brasvit, de sua propriedade, que, ao final do certame, sagrou-se, de fato, vencedora.

De outro lado, acertada a escolha da empresa fornecedora – primeira conduta –, aproveitou-se para implementar outra fraude, qual seja, a de fixar valor muito acima do de mercado, elevando arbitrariamente os preços, em prejuízo da Fazenda Pública – segunda conduta –, a teor do art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93.

Nesse cenário, ao meu sentir, embora concomitantes, há **duas ações**, sendo que a primeira conduta é absolutamente autônoma e independente da segunda, ou seja, poder-se-ia

combinar entre os concorrentes aquele que seria o vencedor para fraudar o certame, sem ter que, necessariamente, elevar-se de forma arbitrária os preços.

Portanto, reiterando as vênias, não se me afigura caracterizado o concurso formal, que pressupõe **uma** só ação ou omissão para a prática dois ou mais crimes, consoante disposto no art. 70 do Código Penal, o que não ocorre no caso.

E, por apego ao debate, adianto ainda que, se a douta maioria entender pelo concurso formal nos termos propostos, o redimensionamento da pena, *concessa venia*, **não** pode incluir o aumento pela continuidade delitiva em face dos outros oito crimes do art. 90 da Lei n.º 8.666/93, relacionados a pregões distintos, os quais não guardam relação direta com o crime do art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, referente exclusivamente ao pregão n.º 56/2005, do LAFEPE. Outrossim, nenhuma influência teria na pena de multa, a teor do art. 72 do Código Penal ("*No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*").

Assim, feitos esses reparos, o suposto concurso formal naquele episódio (pregão n.º 56/2005) o excluiria da continuidade delitiva reconhecida, restando esta em relação aos outros oito crimes do art. 90 da Lei n.º 8.666/93, o que não modificaria a fração de aumento já estabelecida (1/2), aliás, como bem observou o Relator, abaixo do que seria admitido pelo critério quantitativo (2/3). O resultado, entretanto, seria um **aumento** da pena aplicada pelo crime do art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, em razão do concurso formal, o que acarretaria vedada *reformatio in pejus*.

Em suma: com a devida vênias do eminente Relator, embora acompanhe seu voto no que se refere à manutenção da dosimetria da pena-base imposta ao Recorrente VITTORIO pelo crime do art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, dele **divirjo** quanto ao reconhecimento de concurso formal, bem como, de qualquer sorte, ao subsequente redimensionamento da pena.

7.3. Do crime do art. 333, parágrafo único, do Código Penal (corrupção ativa).

O Recorrente VITTORIO, além de impugnar a dosimetria da pena-base, alega que houve afronta aos arts. 333 e 29 do Código Penal, porque a condenação por corrupção ativa se deu "*sem que houvesse qualquer base probatória da ação direta exigida pelo tipo penal, o que acarreta a sua atipicidade*" e, "*mesmo que se cogitasse a participação deste*

Superior Tribunal de Justiça

Recorrente, apenas por amor ao debate, o art. 29 do CP teria sido desrespeitado, posto que a alegada participação deste seria apenas e tão somente o de ter conhecimento dos fatos alegados" (fl. 8758).

Mostram-se irrepreensíveis as considerações do eminente Relator em seu voto, ao qual adiro integralmente, para também afastar a alegada atipicidade da conduta, bem como a suposta participação de menor monta nos dois eventos, além de não conhecer, por falta de prequestionamento, a alegação de absorção da corrupção ativa pelos delitos de fraude à licitação.

No que se refere à dosimetria da pena, o Relator analisou com acuidade as impropriedades constantes na sentença, fazendo com precisão e razoabilidade o redimensionamento das sanções para ambos os Recorrentes, nestes termos, aos quais também adiro:

"No tocante a aplicação da pena, o Dr. Juiz Federal não especificou, de fato, a qual das circunstâncias judiciais se referia, porém observou "a forma censuravelmente ousada com que, através do uso odioso de seu poder econômico, o réu fazia de funcionários públicos seus fiéis vassalos, estimulando a desonestidade e a venalidade no seio da Administração Pública" (fl. 7.338-STJ), o que revela que as circunstâncias do delito lhe são desfavoráveis.

Precisava dizer a que hipótese do art. 59 do Código Penal estava analisando? Claro, a melhor doutrina assim recomenda, mas não se pode desconsiderar tal fundamentação, que está baseada em fatos reconhecidos na sentença e que, como disse, se amolda a citada motivadora.

A desfavorabilidade dessa circunstância judicial, contudo, não autoriza que a reprimenda inicial se distancie tanto do mínimo legal, de sorte que, assim considerando, estabeleço-a nesta fase em 3 (três) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa.

As instâncias ordinárias louvaram-se em argumentos anteriores para impor as agravantes do motivo torpe e da liderança da empreitada criminosa, como, aliás, também faço, reportando-me aos fundamentos retro efetuados, e, nestas condições, reconheço que está conforme o aumento observado, de 9 (nove) meses (também não ultrapassa 1/6 (um sexto), a que me referi anteriormente, para cada uma delas), de modo que a reprimenda passa a ser de 3 (três) anos e 9 (nove) meses e 140 (cento e quarenta) dias-multa.

Não há o que se discutir, enfim, até porque não foi abordado no apelo nobre, acerca da majorante estabelecida no § 1º do art. 333, antes indicado, de 1/3 (um terço), ficando, a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa.

Como foram duas as infrações, as instâncias ordinárias reconheceram o crime continuado, razão porque aumento-as em 1/6 (um sexto), e, assim, termina em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 217 dias-multa, no valor unitário indicado na sentença.

Superior Tribunal de Justiça

O recorrente Altineu Pires Coutinho reclama, em relação a este crime, somente da aplicação da reprimenda, mas, neste particular, cumpre ressaltar a deficiência na fundamentação, o que importa em ofensa a Súmula n. 284 do STF, já que nas respectivas razões a sustentação teve em conta a pena de 7 (sete) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (fls. 8.869-STJ), porém esta, nos embargos de declaração, julgado em 29/06/2011, pelo Tribunal Regional, acabou reduzida para 6 (seis) anos de reclusão (fls. 8.558-STJ).

Mesmo assim, tendo em conta que a situação dos dois recorrentes se assemelham, analiso a respectiva reprimenda, de sorte que considerando que a sentença destaca, nos mesmos termos que Vittorio, uma única circunstância judicial, a pena-base deve ser a mesma, assim como as agravantes e as circunstâncias de especial de aumento acima impostas e a cujos argumentos também aludo, a sanção definitiva fica igualmente 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário indicado na sentença, esta, a de multa, para não ofender o princípio da reformatio in pejus, já que foi o quantum estabelecido na primitiva sentença, que restou anulada."

7.4 - Do crime de quadrilha ou bando.

No mesmo diapasão, o Relator analisou com acuidade as impropriedades constantes na dosimetria dessa pena, fazendo com precisão e razoabilidade o redimensionamento das sanções para ambos os Recorrentes, nestes termos, aos quais também adiro:

"Ao destacar as circunstâncias judiciais, o juiz, ao impor a pena de Vittorio Tedeschi, consignou que ele "participava de entidade criminosa dotada de estabilidade e estruturação, sendo esta caracterizada, em inúmeros episódios, por seu estupendo poder econômico e pela destinação à lesão contumaz de relevantes valores sociais" (fl. 7.339-STJ).

A "estabilidade e estruturação" da associação delituosa integram o tipo penal e não identifiquei em que hipóteses do art. 59 se enquadrariam o "poder econômico" e a "destinação da lesão", até porque todas as infrações penais atingem "relevantes valores sociais".

Não há, então, como aplicar a reprimenda básica além do mínimo legal, pois, ao excluir a argumentação acima, é forçoso reconhecer que aquela deve ser de 1 (um) ano de reclusão, vez que, conforme leciona o Professor Cezar Roberto Bittencourt, um dos defensores neste Recurso Especial, "se todas as operadores do art. 59 forem favoráveis ao réu a pena-base deve ficar no mínimo previsto" (in Tratado de Direito Penal, Editora Saraiva, Volume 1, 14ª edição, página 637).

Seguindo a mesma orientação empregada aos outros delitos, cumpre reconhecer as agravantes do motivo torpe e do comando do grupo delitivo, em razão do que mantenho os 4 (quatro) meses fixados pelas instâncias ordinárias, 1/6 (um sexto) para cada uma delas, terminando, pois, como definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, face a ausência de

outras hipóteses modificadoras.

Os mesmos argumentos acima se amoldam ao recorrente Altineu Pires Coutinho, pois, na análise que antecedeu a imposição da pena-base, também fala em "estabilidade e estruturação da quadrilha" e "notável poder econômico", além, de "destinação à lesão contumaz de relevantes valores sociais", de modo que, por igual, não serve para justificar qualquer das circunstâncias judiciais, e, nestas condições, a sanção final, reconhecidas, igualmente, as mesmas agravantes, fica em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, até porque o Tribunal Regional excluiu, em relação a ele, a continuidade delitiva."

7.5 - Da ofensa, por analogia, à Súmula n.º 718 do Supremo Tribunal Federal.

O eminente Relator destacou essa argumentação do Recorrente, para dela não conhecer, porquanto fora do âmbito de admissibilidade do recurso especial. Na verdade, creio que o argumento foi lançado como reforço à alegação de violação ao art. 59 do Código Penal, matéria esta já suficientemente analisada.

8. Da alegada violação ao art. 69 do Código Penal em relação aos crimes previstos nos arts. 90 e 96 da Lei nº 8.666/93 e ao delito de corrupção ativa.

Conforme já anotou o Relator, a questão não fora prequestionada. Não obstante, seu voto ainda ponderou com propriedade:

"[...]

Mesmo assim, não custa consignar que a postulação não reúne a menor condição de prosperar, pois as alegações constantes no recurso são totalmente incompatíveis, na medida em que sustentam, num primeiro momento, que o crime "de corrupção ativa, se existente, estaria claramente absorvido pelos supostos delitos de frustrar e fraudar licitação, dos quais, segundo a própria narrativa da Denúncia, aquele foi simples meio executivo, aplicando-se, in casu, o Princípio da Consunção" (fl. 8.761-STJ, destaques do original), porém, na sequência, pede a aplicação do crime continuado.

Ora, se há a absorção de uma infração pela outra, da corrupção ativa pela fraude licitatória, a solução seria a absolvição no tocante àquele que se diz meio e não o reconhecimento da ficção da continuidade delitiva, como postula o recurso.

Além disso, não procede a afirmação contida nas razões do apelo nobre, de que, na denúncia, constou que o oferecimento de vantagem objetivava a inclusão "nos editais de licitação, requisitos e condições que levariam ao afastamento de concorrentes, fraudando, assim, o caráter competitivo dos certames" (fl. 8.761-STJ), o que, aliás, pode até ter acontecido, mas a acusação, ao contrário, ao referir especificamente a "propina" paga ao Sr. Darci Accorsi, observou que este "vem municiando a organização com informações privilegiadas sobre as licitações que serão

concretizadas pelo Laboratório", em benefício das "empresas do grupo liderado pela Brasvit", com a complementação de que "com preferências em relação ao pagamento de faturas vencidas ou a vencer, e, de outro lado, prejudicando empresas que não fazem parte do grupo" (fl. 32-STJ), tal como, aliás, já me referi alhures, citando uma firma concorrente – a CIEL.

Estas circunstâncias, que, conforme ressaltaram as instâncias encarregadas do exame da prova, estão demonstradas, revelam, com todas as letras, que a corrupção ia bem mais adiante do que restou aduzido, ou seja, objetivava, com ela, obter o exaurimento da fraude – o efetivo pagamento.

Não há, então, que se falar em inaplicação do concurso material, e, em contrapartida, reconhecer a figura do crime continuado."

9. Do dispositivo.

Ante o exposto, acompanho, em parte, o voto do eminente Relator, para CONHECER EM PARTE dos recursos especiais e, nessa extensão, DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, tão somente para redimensionar as penas dos Recorrentes, nos termos acima consignados, assim finalizadas:

VITTORIO TEDESCHI fica condenado, em concurso material, a um total de 15 anos, 8 meses de pena privativa de liberdade (sendo 7 anos e 2 meses de reclusão; 8 anos, 6 meses e 15 dias de detenção), em regime inicial fechado, 217 dias-multa, e ainda o percentual abaixo, além de perdimento de bens e valores determinado na origem, assim individualizada:

- 4 anos, 4 meses e 15 dias de detenção, além de multa de 2% sobre o valor dos contratos fraudados, conforme enumerados pelas instâncias ordinárias, como incurso, **por nove vezes, no art. 90 da lei n.º 8.666/93;**

- 4 anos e 2 meses de detenção, além de multa de 2% sobre o valor dos contratos fraudados, conforme enumerados pelas instâncias ordinárias, como incurso, **por uma vez, no art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93;**

- 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 217 dias-multa, no valor de 3 salários mínimos vigentes à época dos fatos, como incurso, **por duas vezes, no art. 333, parágrafo único, do Código Penal;** e

- 1 ano e 4 meses de reclusão, **uma vez, no art. 288 do Código Penal.**

ALTINEU PIRES COUTINHO fica condenado, em concurso material, a um total de 10 anos e 8 meses de pena privativa de liberdade (sendo 7 anos e 2 meses de reclusão; e 3 anos e 6 meses de detenção), em regime inicial fechado, e 186 dias-multa, e ainda o percentual abaixo, além de perdimento de bens e valores determinado na origem, assim

Superior Tribunal de Justiça

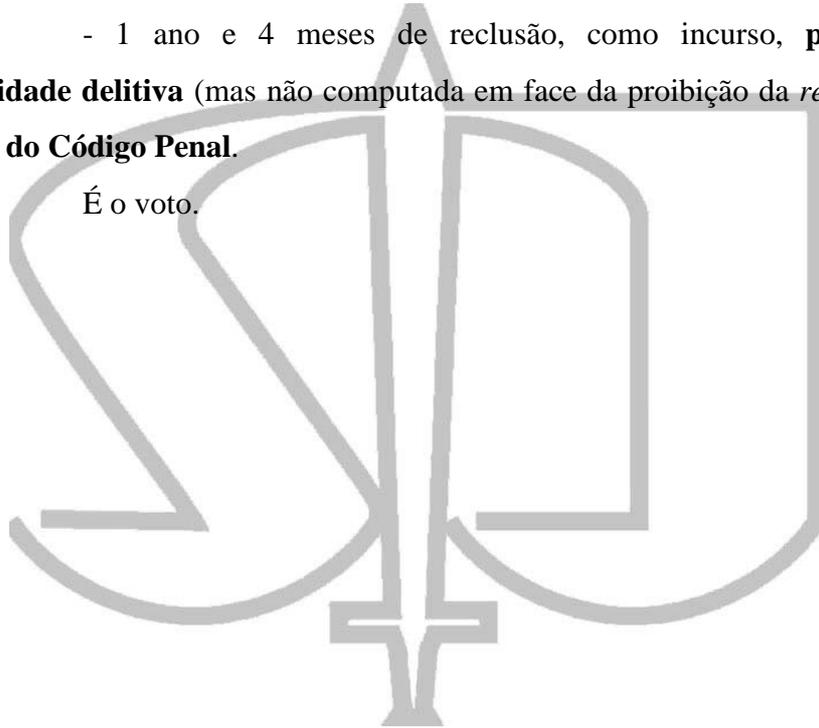
individualizada:

- 3 anos e 6 meses de detenção, além de multa de 2% sobre o valor dos contratos fraudados, conforme enumerados pelas instâncias ordinárias, como incurso, **por três vezes, em continuidade delitiva, no art. 90 da lei n.º 8.666/93;**

- 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 186 dias-multa (multa mantida no mesmo patamar da primeira sentença anulada, em face da proibição da *reformatio in pejus*), no valor de 3 salários mínimos vigentes à época dos fatos, como incurso, **por duas vezes, em continuidade delitiva, no art. 333, parágrafo único, do Código Penal;**

- 1 ano e 4 meses de reclusão, como incurso, **por duas vezes, em continuidade delitiva** (mas não computada em face da proibição da *reformatio in pejus*) **no art. 288 do Código Penal.**

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2012/0072990-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.315.619 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200451015308884 200551015157140 200551015237080 5237087720054025101

PAUTA: 07/05/2013

JULGADO: 15/08/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : V T
ADVOGADO : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(S)
RECORRENTE : A P C
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE PIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : FRANCISCO SAMPAIO VIEIRA DE FARIA
CORRÉU : FLÁVIO GARCIA DA SILVA
CORRÉU : PREMANANDAM MODAPOHALA
CORRÉU : DARCI ACCORSI
CORRÉU : LUIZ CÉSAR ALBERNAZ AYROSA
CORRÉU : RONALDO ALEXANDRE FONSECA
CORRÉU : CÉSAR AUGUSTO ALEXANDRE FONSECA
CORRÉU : JOSÉ AUGUSTO ALVES LUCAS
CORRÉU : WILSON CARVALHO
CORRÉU : GAO JINGSONG
CORRÉU : MARCELO CORTES FREITAS COUTINHO
CORRÉU : ANTONIO AUGUSTO MENEZES TEIXEIRA
CORRÉU : ALTIVO GOLD BITTENCOURT PIRES
CORRÉU : GILBERTO DA SILVEIRA CORREA
CORRÉU : JOSE OTAVIO KUDSI MACEDO
CORRÉU : GERALDO DA COSTA BRITO
CORRÉU : CELSO QUINTANILHA D AVILLA
CORRÉU : LUIZ DE MELLO MAIA FILHO
CORRÉU : LEONARDO LUIS ROEDEL DE ASCENCAO
CORRÉU : ALEXANDRE NEY DE OLIVEIRA RAED
CORRÉU : RAFAEL CARVALHO
CORRÉU : RAIMUNDO DA CUNHA LEONARDO
CORRÉU : MARIO LUIZ VIANA TIRADENTES
CORRÉU : RAFAEL CORTEZ FREITAS COUTINHO
CORRÉU : JULIO CEZAR CANOVA
CORRÉU : JOSE PEREIRA VILLELA

Superior Tribunal de Justiça

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Paz Pública - Quadrilha ou Bando

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, conheceu parcialmente dos recursos e, nessa parte, deu-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou parcialmente vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

