

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** – 09/2019
(semana nº 01)

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

SUMÁRIO

SUMÁRIO	2
ESTUDOS DO CAOCRIM	3
1-Tema: Conceito de documento para fins penais.....	3
2-Tema: Detração e medidas cautelares diversas da prisão preventiva.....	4
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	5
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	5
1- Tema: Fundamentação não pode se limitar à transcrição de outra peça, reafirma Terceira Seção do STJ.....	5
2- Tema: Súmula Vinculante 14 e não comprovação de restrição de acesso aos elementos de prova...9	
DIREITO PENAL:	11
1-Tema: Lavagem de dinheiro, infração penal antecedente e a Súmula 711 do STF.....	11
2- Tema: Fraude ao certame licitatório - Art. 90 da Lei n. 8.666/1993 - Natureza jurídico do crime....	12

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Conceito de documento para fins penais.

Documento, para fins penais, abrange toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de relevância jurídica.

Deve ser feito em coisa móvel, não sendo considerado documento os escritos em coisa imóvel (muros) ou veículos (a alteração de sinal identificador de veículo automotor configura o crime previsto no art. 311 do CP).

Quando autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais, as cópias reprográficas assumem a condição de documento, podendo provar determinada situação jurídica (nesse sentido: art. 365, III, CPC/73 e art. 425, III, do novo CPC).

A partir da entrada em vigor da Lei 11.419/2006 temos os chamados “processos digitais”, ou “eletrônicos”, nos quais toda a documentação encartada, inclusive aquela probatória, é oferecida no formato digital (ou seja, em prevalência, cópias escaneadas de documentos, convertidas para o formato PDF).

Como bem explica Lorenzo Parodi, existem essencialmente duas tipologias de documentos digitais. Na primeira trata-se de documentos que foram originados por um computador ou outro sistema eletrônico, sem nunca ter sido impressos ou transferidos em papel (é o caso de uma fotografia digital, de um documento escrito em Word e transformado em um arquivo PDF, de um logotipo criado num software de gráfica e salvo em um arquivo JPG etc.). Na segunda trata-se de documentos que foram convertidos de um formato físico (ou seja, normalmente, um documento em suporte cartáceo) para um formato digital através de um processo de escaneamento ou fotografia digital ou outro. Podem ainda existir documentos com origem mista, sendo que parte do documento tem origem puramente digital enquanto outra foi escaneada a partir de um suporte físico (<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/parodi-falsificacao-documento-digital-traz-desafios-pericia#author>).

Podemos, ainda, dividir os documentos em duas outras grandes categorias, aqueles onde há algum grafismo manual (assinaturas, texto escrito a mão, formulários com preenchimentos manuais etc.) e aqueles que não possuem esta característica (e-mails, notas fiscais automatizadas, extratos bancários etc.) e que, portanto, não estão sujeitos a aplicação de técnicas grafoscópicas, mas somente de outros tipos de análise.

Essa discussão é relevante e foi enfrentada pela colega Denise Elizabeth Herrera, mais precisamente num caso envolvendo a supressão de documentos, delito previsto no art. 305 do CP (clique [aqui](#)).

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

2-Tema: Detração e medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

Considera-se detração, nos termos do art. 42 do Código Penal, o desconto efetuado, na dosagem da pena condenatória do tempo em que o condenado permaneceu sob prisão provisória. De sorte que, condenado a oito anos de prisão, se permaneceu preso preventivamente por um ano, esse período deve ser abatido, devendo o condenado cumprir os restantes sete anos. Esse cômputo deve, inclusive, ser considerado na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 387, §2º., CPP).

Indaga-se, então: o período no qual o condenado cumpriu medida cautelar diversa da prisão deve ser objeto de posterior detração?

Depende. Digamos que, no curso do processo, o réu foi proibido “de ausentar-se da Comarca”, nos termos do art. 319, inc. IV do código. Ou, então, que teve o passaporte retido (art. 320). Ao cabo do processo, se vem a ser condenado a uma pena corporal, de detenção ou reclusão, não faz nenhum sentido se operar a detração. Suponha-se, de outro lado, que como medida diversa à prisão, tenha lhe sido imposta a proibição de frequentar determinados lugares (art. 319, inc. II). Condenado, recebe uma pena restritiva de direitos, consistente exatamente na “proibição de frequentar determinados lugares”, nos termos do art. 47, inc. IV do Código Penal. Aqui, então, merecerá o favor legal da detração. Do mesmo modo se cumpriu a cautelar de prisão domiciliar (art. 318) e, posteriormente, é condenado a pena privativa de liberdade (art. 33 do CP).

Em suma, é pressuposto a homogeneidade da cautelar e da pena imposta na sentença. Se ao final do processo for aplicada uma pena corporal, de natureza diversa da medida cautelar, o condenado não fará jus à detração. Já se a medida cautelar for da mesma natureza da pena imposta pela sentença penal, a detração se impõe.

Até meados de 2017, o STJ decidia, copiosamente, que não cabia a detração na pena de prisão do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado.

No entanto, a partir do segundo semestre do mesmo ano, a 5ª.T mudou seu entendimento e passou a considerar a detração inteiramente aplicável ao caso da medida cautelar de recolhimento noturno, por ensejar a privação de liberdade do apenado. (HC n. 380.369/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/09/2017,

Com o devido respeito, discordamos. O recolhimento domiciliar noturno não se enquadra no conceito de prisão provisória, ao contrário, por expressa disposição legal, é uma modalidade de medida cautelar diversa da prisão, não se confundindo com nenhuma hipótese de segregação de

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

liberdade. Trata-se, tão somente, de um dos diversos ônus que devem ser suportados pelo sentenciado, para que possa gozar dos benefícios da liberdade.

Logo, não nos parece possível a detração (indiscriminada) pelo tempo em que o sentenciado esteve submetido à medida cautelar de recolhimento noturno, caso em que a restrição à liberdade de locomoção é tão somente parcial.

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Fundamentação não pode se limitar à transcrição de outra peça, reafirma Terceira Seção do STJ

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 04/09/2019.

Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo, não basta para suprir a exigência de fundamentação prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Ao reafirmar esse entendimento, o colegiado acolheu embargos de divergência para dar provimento a um recurso especial e determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para novo julgamento.

"A corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais" – explicou o relator, ministro Nefi Cordeiro.

Nulidade

No caso analisado, um homem acusado de tráfico de drogas questionou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que o condenou com base em interceptação telefônica judicialmente autorizada, a qual envolvia pessoas diferentes daquelas investigadas inicialmente.

No julgamento de embargos de declaração, o TJRS afirmou que não configura omissão ou nulidade o fato de um acórdão adotar como fundamento as razões da sentença ou do parecer ministerial. Esse foi o mesmo entendimento da Quinta Turma do STJ, que negou provimento ao recurso especial.

Ao apresentar os embargos de divergência, a defesa citou julgado da Sexta Turma que havia reconhecido a nulidade de acórdão que adotou parecer do Ministério Público sem qualquer acréscimo dos julgadores. Pediu o provimento do recurso para anular o julgamento do TJRS por vício de fundamentação.

Complementações necessárias

O ministro Nefi Cordeiro esclareceu que, nos termos da orientação firmada pela Terceira Seção no julgamento do **HC 216.659**, não basta para suprir a exigência constitucional de fundamentação que a decisão faça remissão a manifestações de terceiros nos autos, sem ser demonstrada a efetiva apreciação do caso concreto e das alegações trazidas pela parte.

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

"Não serve como fundamentação exclusivamente a remissão a manifestações de terceiros, exigindo-se complementações demonstradoras do efetivo exame dos autos e teses arguidas. Impõe-se, pois, a reforma do acórdão impugnado, para que o tribunal de origem realize novo julgamento, como entender de direito, inclusive quanto ao necessário exame das preliminares", afirmou o relator.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1384669](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A decisão judicial deve ser fruto de um raciocínio lógico do juiz, em que as razões que o levaram a decidir de tal ou qual modo estejam devidamente apontadas, de forma clara, a permitir o conhecimento e a eventual impugnação dos interessados. Daí a preocupação da Constituição ao impor que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (art. 93, inc. IX).

Nessa linha de raciocínio, mostra-se perfeita a lição de Ada, Scarance e Magalhães, quando explicam a necessidade da fundamentação da sentença: "São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permitem que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz" (As nulidades no processo penal, São Paulo: RT, 1995, p. 169).

Há também a denominada "fundamentação ad relationem", aquela na qual o julgador não se vale de argumentação própria, oriunda exclusivamente de seu raciocínio, mas, antes, faz alusão a outras manifestações lançadas nos autos pelas partes. Costumeiramente, nessa espécie de decisão se utiliza a expressão "adoto como razões de decidir...". É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz, para acolher um pedido de prisão preventiva, encampa como motivação de decidir a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público; ou quando arquiva o inquérito policial com base na argumentação lançada pelo Ministério Público na promoção de arquivamento.

É necessário, no entanto, certo cuidado nesta espécie de motivação, especialmente em sentenças e acórdãos, em que devem ser cotejados os argumentos lançados por todos os litigantes.

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

O STJ firmou a tese de que “A utilização da técnica de motivação *per relationem* não enseja a nulidade do ato decisório, desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir” (Tese 18 da Ed. n.º 69). Mas a tese é aplicada levando em conta as circunstâncias e a natureza das decisões, pois, ao mesmo tempo em que admite a remissão, por exemplo, nas decisões em procedimentos de interceptação telefônica, o tribunal é mais cauteloso sobre este procedimento quando se analisa o mérito em sentenças e acórdãos:

“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou não invalidar o procedimento de interceptação telefônica deferido com base em denúncia anônima, desde que se realizem diligências preliminares, averiguando a veracidade das informações prestadas, conforme dispõe o art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996. 2. Considera-se fundamentada a decisão que faz expressa referência aos indícios de autoria ou à participação dos investigados nas infrações penais e destaca a impossibilidade de realização de provas por outros meios disponíveis, conforme o art. 5º da Lei das Interceptações Telefônicas. 3. A sucinta referência da decisão à representação policial demonstra utilização da fundamentação aliunde ou fundamentação *per relationem* – referindo-se, expressamente, aos fundamentos que deram suporte à anterior decisão – e constitui, ressalvada minha compreensão pessoal sobre o tema, meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação reportada como razão de decidir. 4. Ordem denegada.” (HC 431.079/SP, j. 25/6/2019)

“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora admita que o julgador se utilize da transcrição de outros alicerces jurídicos apresentados nos autos para embasar as suas decisões – no caso, do parecer do Ministério Público –, ressalta a necessidade também de fundamentação própria, devendo o julgador expor, ainda que sucintamente, as razões de suas conclusões, o que não foi realizado pelo Tribunal de origem. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido para anular o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª. Região nos autos do Habeas Corpus n.º 0008330-61.2018.4.02.0000, determinando que outro seja prolatado, com a necessária fundamentação.” (RHC 104.665/RJ, j. 13/12/2018)

Recentemente, a Terceira Seção do tribunal deu provimento a recurso especial (EREsp 1.384.669/RS, j. 28/08/2019) para anular acórdão no qual a fundamentação se limitava a fazer referência a parecer do Ministério Público sequer transcrito na decisão, que, de resto, não havia analisado preliminares nem acrescentado nada que pudesse proporcionar às partes a possibilidade de analisar o que havia motivado os julgadores a decidir daquela forma:

“(…) No caso, verifica-se que a Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais.

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

Dessa forma, nos termos da orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, não serve como fundamentação exclusivamente a remissão a manifestações de terceiros, exigindo-se complementações demonstradoras do efetivo exame dos autos e teses arguidas. Impõe-se, pois, a reforma do acórdão impugnado, para que o Tribunal de origem realize novo julgamento, como entender de direito, inclusive quanto ao necessário exame das preliminares.”

2- Tema: Súmula Vinculante 14 e não comprovação de restrição de acesso aos elementos de prova

INFORMATIVO 949 STF - PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou seguimento a reclamação ajuizada contra ato de juízo federal sob a alegada afronta à autoridade da Súmula Vinculante 14.

No caso, o reclamante afirmava não ter tido acesso ao procedimento da escuta telefônica que serviu de esteio ao oferecimento da denúncia, o que impossibilitou a análise do período da autorização e de seus fundamentos. Pretendia a procedência da reclamação, com a anulação das provas produzidas contra ele na origem.

O colegiado manteve os fundamentos da decisão reclamada, visto que o acesso aos autos originários, da forma como franqueado aos reclamantes, seguiu os parâmetros da Súmula Vinculante 14. Inexiste, portanto, substrato fático ou jurídico capaz de atrair a sua incidência.

De acordo com as informações prestadas pela autoridade reclamada, as interceptações telefônicas foram cautelarmente colhidas com a autorização do juízo e os áudios interceptados também foram juntados ao inquérito policial e sempre estiveram disponíveis às partes e procuradores, inclusive na forma digitalizada depois de deflagrada a investigação.

Além disso, o juízo reclamado apreciou pedido de transcrição integral dos áudios interceptados formulado pela defesa, o que pressupõe prévio acesso aos respectivos autos em que produzidos.

Por fim, a reclamação foi deficientemente instruída.

O reclamante sequer explicitou o ato judicial que supostamente implicou o indeferimento do acesso do reclamante aos autos da interceptação telefônica, não obstante a concessão excepcional de prazo para sua complementação.

Rcl 27919 AgR/GO, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 27.8.2019. (Rcl-27919)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

De fato, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no alcance da Súmula Vinculante 14. Refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos.

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

DIREITO PENAL:

1-Tema: Lavagem de dinheiro, infração penal antecedente e a Súmula 711 do STF

STJ- AgRg no HC 497.486/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 22/8/2019

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. LAVAGEM DE DINHEIRO E JOGO DO BICHO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. CONDUTAS ANTERIORES À LEI N. 12.683/2012. ENTRADA EM VIGOR DA LEI ANTES DA CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA OU DA CONTINUIDADE. SÚMULA 711/STF. 3. DISCUSSÃO SOBRE A DATA DA EFETIVA CESSAÇÃO DAS CONDUTAS DELITIVAS. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 4. INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA. ART. 2º, II, DA LEI 9.613/1998. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do habeas corpus em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Imputando-se aos recorrentes a contravenção penal de jogo do bicho em continuidade delitiva e o crime de lavagem de dinheiro, que é permanente, também em continuidade, tem-se que as condutas criminosas perduraram até a data do cumprimento dos mandados de prisão, que se deu após a entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012. Dessa forma, referida lei se aplica à hipótese dos autos, nos termos do verbete n. 711 da Súmula do STF, in verbis: "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

3. Considerando os elementos trazidos nos autos, tem-se que a incidência do Enunciado n. 711 da Súmula do STF inviabiliza eventual reconhecimento da atipicidade da conduta imputada, nos moldes em que pleiteado pela defesa. A discussão acerca da ausência de permanência ou de continuidade delitiva, bem como com relação à data da cessação das condutas delitivas, deve ser aprofundada na seara própria, durante a instrução processual.

4. O processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998. Dessa forma, a prescrição das contravenções de jogo do bicho não repercute na apuração do crime de branqueamento. Com efeito, "o reconhecimento da extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, relativamente ao crime funcional antecedente, não implica atipia ao delito de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/98), que, como delito

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

autônomo, independe de persecução criminal ou condenação pelo crime antecedente". (...). (REsp n. 1.170.545/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/12/2014, DJe 16/3/2015)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O sistema anterior de combate aos comportamentos típicos de lavagem não apenas limitava a utilização de outros crimes graves como antecedentes por não constarem do rol taxativo, como impossibilitava a lavagem de dinheiro a todas as contravenções penais, uma vez não inseridas na definição de crimes como elemento normativo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Como bem lembra o promotor de justiça do Rio de Janeiro, Francisco Cardoso, "O principal exemplo era a dificuldade da caracterização da lavagem de dinheiro de recursos provenientes da prática de crimes fiscais. Por não constarem expressamente dentre os incisos I a VIII, a lavagem de dinheiro somente poderia ser investigada quando as fraudes fiscais eram praticadas juntamente com outros crimes que constavam do referido rol, como, e.g., as organizações criminosas ou crimes contra a administração pública.

Na prática, não era possível criminalizar a lavagem de dinheiro proveniente das graves e notoriamente lucrativas contravenções penais do jogo de azar (na qual se incluem o jogo do bicho e a exploração das máquinas caça-níqueis)".

Hoje, com o advento da Lei n. 12.683/2012, dispomos de sistema legal que permite que toda e qualquer infração penal – desde que gere proveito econômico – possa ser caracterizada como antecedente da lavagem de dinheiro, recebendo a necessária e efetiva reprimenda estatal.

Infrações penais praticadas de modo permanente ou em continuidade delitiva, mesmo que iniciadas antes da Lei 12.683/12, serão alcançadas por ela se a cessação da continuidade ou da permanência ocorrer na sua vigência. É o que determina a Súmula 711 do STF in verbis: "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

2- Tema: Fraude ao certame licitatório - Art. 90 da Lei n. 8.666/1993 - Natureza jurídica do crime

STJ- AgRg no REsp 1728967/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE AO CERTAME LICITATÓRIO. TIPICIDADE. DANO AO ERÁRIO. INEXIGIBILIDADE.

Boletim Criminal **Comentado** Setembro- 2019- (semana nº 01)

1. A orientação dominante desta Corte Superior é no sentido de que o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece um "crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório" (REsp n. 1.498.982/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 18/04/2016) CRIME DE PECULATO. AUTORIA E MATERIALIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O Tribunal local, após aprofundada análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, concluiu que restou provada a materialidade e a autoria que dão suporte à condenação do réu pelo crime de peculato e, entender de modo diverso, no intuito de abrigar o pleito defensivo de absolvição do acusado demandaria o revolvimento no material fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e vedada a este Sodalício em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. LICITAÇÃO. FRAUDE. PECULATO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Firmou-se neste Sodalício que "Reconhecida a autonomia dos desígnios do paciente e a distinção dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, evidencia-se, no caso, a inaplicabilidade do princípio da consunção, dada a ocorrência isolada dos crimes, o que torna a inviável a absorção de um delito pelo outro" (HC 415.900/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado no seu exercício discricionário juridicamente vinculado, mediante aferição negativa dos elementos concretos dos autos a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada.

2. A Corte estadual considerou desfavorável ao acusado para ambas as condutas imputadas, a vetorial da culpabilidade, diante da destacada função exercida pelo agente na empreitada criminosa por ser considerado um de seus principais artífices e beneficiários.

3. Agravo regimental desprovido.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Regida pela Lei 8.666/93, a licitação tem o propósito de garantir que os vínculos contratuais estabelecidos entre o poder público e terceiros sejam regidos pela isonomia e sejam resultado da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. É o que se extrai do art. 3º, que ainda atrela o processo e o julgamento da licitação aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e a outros correlatos.

Boletim Criminal Comentado Setembro- 2019- (semana nº 01)

Para assegurar que sejam cumpridos os objetivos da licitação, a Lei 8.666/93 estabelece extensa regulamentação, que parte dos princípios e das definições das modalidades e suas características, passa pelo processo em si – desde as providências preliminares até a rescisão dos contratos – e termina nas sanções de caráter administrativo e penal e em algumas regras relativas ao processo judicial e aos recursos administrativos.

As sanções de caráter penal se revelam diante de irregularidades mais graves que possam atingir o processo licitatório.

Uma das fraudes está tipificada no art. 90 da Lei 8.666/93:

“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”.

As condutas tipificadas nesta figura criminosa atingem diretamente o processo licitatório por meio da quebra do caráter competitivo. Adotam-se práticas ardilosas para conferir a ilusão de que o certame cumpre o propósito de garantir o contrato mais vantajoso para a Administração, mas, na verdade promove-se verdadeira pantomina em que os concorrentes se ajustam para direcionar o resultado da licitação e obter vantagem a partir da adjudicação. É o que se dá quando diversos concorrentes combinam previamente os valores relativos às ofertas para que um deles logre a contratação. É comum, aliás, que o mesmo grupo integre diversos procedimentos licitatórios e estabeleçam combinações de propostas de forma alternada, promovendo assim uma espécie de rodízio em razão do qual cada um tem a sua vez para alcançar a contratação fundada na fraude.

Segundo a jurisprudência do STJ, a conduta de fraudar o caráter competitivo da licitação tem natureza formal, ou seja, dispensa-se o efetivo prejuízo para o erário, assim como não se exige comprovação de locupletamento. Basta, portanto, que se demonstre a quebra da natureza competitiva do certame por meio de ajuste ou outro subterfúgio:

“O delito do art. 90 da Lei 8.666/93 tem natureza formal, ocorrendo sua consumação mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, independentemente da obtenção da vantagem (adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação). Precedentes do STF e do STJ” (REsp 1.623.985, j. 17/05/2018).