



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000030671

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001239-76.2013.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante -----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente) E MARCELO GORDO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2023.

J.E.S.BITTENCOURT RODRIGUES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0001239-76.2013.8.26.0586

Comarca: 1ª Vara Criminal da Comarca de São Roque

Apelante: -----

Apelado: Ministério Público

Autos de Origem: 0001239-76.2013.8.26.0586

Voto nº: 889

**Apelação Criminal – Crime de dispensa de licitação
– Pleitos de absolvição por insuficiência de provas
ou por atipicidade de conduta, decorrente da
ausência de dolo específico, bem como de redução da
pena de multa – Materialidade e autoria
comprovadas – Acervo oral e documental aptos a
demonstrar a conduta delitiva descrita na denúncia
– Tipo subjetivo que não exige finalidade específica,
bastando o dolo genérico – Condenação mantida –
Dosimetria que comporta alteração – Ações penais
em andamento que não justificam a majoração da**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pena-base, conforme Súmula nº 444, do STJ – Continuidade delitiva que deve ser mantida quanto à pena privativa de liberdade, bem como em relação à pena de multa, eis que esta última não está sujeita ao sistema do cúmulo material do artigo 72, do Código Penal – Recurso parcialmente provido.

Com base na r. sentença proferida pelo D. Juízo da Vara de Origem, o réu ----- foi condenado a 06 anos e 08 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, além de 325 dias-multa, no valor mínimo legal, por violação ao artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, em continuidade delitiva (25 vezes).

Inconformado, por meio de seu i. Advogado, o réu

2

apela a esta Corte alegando que: **(i)** tem o direito de recorrer em liberdade; **(ii)** as provas reunidas nos autos são frágeis, não autorizando a solução condenatória; **(iii)** as empresas contratadas pela Prefeitura na ocasião dos fatos estavam com suas documentações regulares; **(iv)** não agiu com dolo específico de “causar dano ao erário e enriquecimento ilícito” ao dispensar as licitações, eis que “o Prefeito à época exigia que os veículos não ficassem parados, então todas as secretarias envolvidas efetuavam diversas requisições para efetuar compras de peças e consertos os para veículos não ficar parado, e por tais razões se fazia necessário que os consertados fossem realizados em curto período de tempo, inclusive isso era um pedido do próprio chefe do executivo como confirmado em audiência” (sic); **(v)** as avarias nos veículos da Prefeitura eram frequentes e imprevisíveis, exigindo constante aquisição direta de peças para a manutenção, sendo inviável o planejamento de licitações (art. 24, da Lei nº 8.666/93); **(vi)** “a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

simples existência de uma dispensa de licitação não constitui motivo suficiente para evidenciar alguma ilicitude, sendo descabida a aplicação da lei penal”; (vi) “em todo fase processual não ficou comprovado a má fé, nem o ânimo em lesar os cofres públicos”; (vii) as penas comportam redução, seja porque se trata de agente primário e sem antecedentes desabonadores, seja porque não restou justificado o acréscimo de 2/3 a título de continuidade delitiva; e (viii) a pena de multa foi fixada de forma elevada, em 325 dias-multa, devendo ser reduzida por esta Corte.

Não houve oposição ao julgamento virtual, conforme disciplina o artigo 1º, da Resolução/TJSP nº 772/2017.

A d. Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo provimento parcial do recurso, com a redução da pena de multa.

É o relatório.

3

O apelante -----, bem como os corréus ----- foram denunciados por violação ao artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 (dispensa de licitação fora dos casos previstos em lei).

Descreveu o Ministério Público que:

“(...) no decorrer do ano de 2011, em horário não apurado, na cidade de Araçariguama e comarca de São Roque, -----, qualificado as fls. 823, -----, Qualificada as fls. 821 -----, identificados a fls. 820, dispensaram licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Segundo o apurado, -----, na qualidade de Prefeito Municipal de Araçariguama, -----, na qualidade de Secretária da Administração Municipal, e -----, enquanto responsável pelo setor de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Compras do Município, efetuaram a contratação das empresas ----- de forma direta e sem a realização de prévia licitação.

A realização da licitação era obrigatória, uma vez que os valores TOTAIS em serviços que seriam pagos a referida empresa superavam o valor de R\$ 8.000,00, valor este máximo possível para a dispensa da referida licitação, sendo tal circunstância conhecida dos averiguados.

Ocorre que, de acordo com os documentos de fls. 1245, no ano de 2011, foram feitos diversos pagamentos à referida empresa - ---- (25 no total) em valores imediatamente inferiores a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), caracterizando simulação de hipóteses de dispensa de licitação. (...)"

4

Ao cabo da instrução processual os corréus ----- e ----- foram absolvidos, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, restando condenado apenas -----.

De início, embora a questão não tenha sido suscitada pelo i. Advogado de -----, convém ratificar o consignado pelo i. Magistrado Sentenciante, no ponto relativo às alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021, na Lei das Licitações: *“Não se cogite, por fim, da revogação do crime imputado aos réus, eis que houve continuidade normativa e, o crime do artigo 89 da Lei de Licitações passou a ser previsto pelo artigo 337-E do Código Penal, inclusive com punição mais severa, inaplicável ao caso sub judice, pois norma penal mais gravosa”*.

De fato, a intenção da alteração legislativa não foi tirar do ordenamento jurídico o referido delito porque, dentre outros, ele foi novamente tipificado, inclusive com sanção mais grave, reforçando a necessidade de maior proteção ao bem público.

Tratando-se de lei nova mais gravosa, impossível,



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conforme disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a sua aplicação para atingir fato anterior à sua vigência. Logo, considerando que houve majoração das penas, e ante a proibição da retroatividade da lei penal mais grave, a conduta do acusado ainda será analisada à luz do enquadramento jurídico-penal constante da denúncia.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelos seguintes documentos: notas de empenho, certidão negativa de débitos, certificado de regularidade do FGTS/CRF da empresa -----, termo de adjudicação a favor da mesma empresa, extratos de despesas detalhadas, parecer do Tribunal de Contas, cópia de inquérito civil em face de ----- e -----,

representação criminal em que se noticia o fracionamento para aquisição de bens e serviços, ficha cadastral da empresa -----, cópia da inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face do réu -----e de -----, -----e da referida empresa, ordem de pagamento, extrato analítico de credores, portaria de nomeação da comissão julgadora de licitação.

A autoria é igualmente certa.

Com efeito, a prova oral colhida sob o crivo do contraditório foi assim consignada na r. sentença, sem qualquer impugnação específica da parte acerca da fidelidade dos relatos:

“(...) Quanto à autoria, ----- [ex-prefeito] disse que o setor de compras e a secretaria de administração eram os responsáveis pela contratação. Nunca indicou empresa específica para contratação. As decisões sobre dispensa e necessidade de licitação não chegavam ao conhecimento dele, não interferia nas decisões das secretarias. ----- nunca despachou diretamente com ele, somente por meio dos secretários. Exonerou ----- após a denúncia sobre os fatos. --



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

--- foi mantida, diante da capacidade de gestão, ela é concursada. Ela cuidava das 13 secretarias.

---- disse que é concursada desde 2004, em 2009 assumiu o cargo na secretaria de administração, mas exercia funções da secretaria de governo. Quando assumiu havia um outro comprador, depois foi chamado pelo prefeito para colocar o -----no cargo, não conhecia ele, mas ----- disse que era uma pessoa de confiança. Quando se tratava de dispensa de processo licitatório não passava por ela, quem decidia os casos de dispensa era ----- . Não sabe se na época dos fatos existia um setor de controle interno dos processos de dispensa de licitação. ----- não era seu subordinado. Em um período -----foi o presidente da comissão de licitação e

6

simultaneamente diretor de compras. Na execução dos serviços e entrega das peças, a fiscalização ficava a cargo das secretarias que solicitavam o serviço ou peça.

-----disse que as contratações e compras de peças foram realizadas conforme as requisições chegavam, sempre existiam quebra de veículos ou manutenção. Decidia se era hipótese de dispensa ou não pelo valor orçado. Tinha os contatos das empresas para a prestação dos serviços e peças. As compras realizadas eram distintas, fazia cotações com vários fornecedores. Todas as contratações de peças e serviços foram entregues. Fez parte da comissão de licitação, era o responsável pelo departamento de compras. Dirigia-se diretamente à secretária de administração -----; algumas vezes realizava os serviços e depois informava a secretária. É casado com a sobrinha da esposa de -----.

-----, testemunha, disse que fazia parte de um grupo político na época, receberam esses documentos e fizeram a representação, faziam parte do grupo ----- e outras pessoas que não se recorda. Colaborou tirando algumas fotos do local em que a empresa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

supostamente teria sede. Na época não exercia nenhum cargo político. Não conhecia as empresas, conhecia os réus. Não sabe se havia ligação entre os empresários contratados e os réus.

A testemunha ----- disse que trabalhou como secretário de obras na época dos fatos, não era responsável por licitação, todo serviço e compra de equipamentos era dirigida ao setor de compras. Não soube dizer se todos os serviços contratados foram executados, quem cuidava do controle da execução dos serviços era a secretaria responsável pela solicitação, mas não durante o processo licitatório. Orlando era o responsável pela secretaria de obras.

*Anísio, testemunha, disse que fez concurso para o cargo
7
de comprador na prefeitura, mas não exerceu essa função. De 2010 a 2014 trabalhou como chefe de departamento de trânsito. Em 2010 ingressou por concurso na prefeitura, -----solicitou que ele fosse para o setor de compras, mas a pedido do prefeito -----assumiu o departamento de trânsito. Em 2014, quando retornou para a prefeitura, -----novamente solicitou que ele fosse para o setor de compras, só que foi encaminhado para a secretaria da cultura. -----era secretária de administração. -----era o responsável pela compra direta.*

-----, testemunha, disse que trabalhou na prefeitura no departamento de administração e exercia a função de cadastro dos processos nos sistemas informatizados. Cadastrava as empresas também, com CNPJ, nome da empresa e telefone. O resultado do processo também era cadastrado. A comissão é responsável pela fiscalização das regularidades das empresas. Na época -----ficava responsável pela fiscalização da regularidade das empresas, pois fazia parte da comissão na modalidade convite. -----foi nomeado pelo prefeito -----, tinha grau de parentesco com ele. -----cuidava da gestão administrativa. -----não se reportava a -----, tratava direto com o prefeito. -----era presidente da comissão de licitação e pelo setor de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

compras. A empresa -----prestou serviços à Prefeitura, pois consta no cadastro, mas não conhece os sócios, as empresas quando iam até a prefeitura procuravam -----.

-----, testemunha, disse que trabalha na prefeitura como oficial administrativo. Na época dos fatos integrou a comissão de licitação. Analisava demonstrações contábeis e averiguava se as empresas se enquadravam dentro das especificações legais. As decisões da comissão eram tomadas em conjunto por maioria. Não participou de nenhuma dispensa de licitação, somente atuava na comissão nas hipóteses de contratação por licitação. Na época quem

8

decidia pela dispensa de licitação ou não era -----ou -----. Toda compra era efetuada pelo departamento de compras.

A testemunha ----- disse que é funcionário da prefeitura, exercia a função de diretor de obras. Não conhece a empresa -----, quem fazia os contatos era o setor de compras. Os pedidos eram feitos diretamente para o setor de compras, que encaminhavam para licitação, o responsável era -----. Todos os serviços eram executados. Os pedidos das peças eram feitos conforme a necessidade.

-----, testemunha, disse que trabalhava na prefeitura como secretário de finanças. Os pagamentos eram feitos mediante requisição. Os pagamentos em cheques eram assinados pelo prefeito e por ele, na função de secretário. -----era secretária de administração. -----era o responsável pelos processos de licitação e de dispensa de licitação.

----- disse que fazia parte da comissão de licitação na época dos fatos. A comissão tem duração de um ano. O presidente da comissão era -----. Não cuidava da dispensa de licitação. No caso de compra direta o responsável era o departamento de compras, a cargo de Ar -----.

-----não participava do processo de licitação. -----se reportava diretamente ao prefeito -----.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A testemunha -----disse que trabalhou na prefeitura como diretor de compras. Recebia os pedidos das secretarias, através dos secretários, faziam orçamento para execução direta ou por meio de licitação. Dependendo do valor já direcionavam os casos de dispensa de licitação. Por se tratar de peças, não havia como mensurar a quantidade. ----- não participava da análise das hipóteses de necessidade ou dispensa de licitação. -----era secretária de administração, e que era desenvolvido no setor se eram hipóteses de dispensa ou necessidade de licitação. -----exercia a mesma

9

função de diretor de compras no mandato anterior de ----- (...)."

Não há dúvida acerca da responsabilidade penal de ---
--.

Segundo os depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas -----, cabia a ele efetuar as compras de peças de veículos e contratações de serviços pelo Município de Araçariguama e, nesse âmbito, decidir sobre eventual dispensa do certame.

Tal versão foi reconhecida pelo próprio acusado, que admitiu que realizava as “*contratações e compra de peças*”, deliberando sobre a dispensa de licitações, quando necessário.

Ocorre que ao cabo da instrução processual, despontou no acervo probatório que -----, valendo-se dos poderes a ele atribuídos como responsável pelo setor de compras, contratou a empresa “-----” de forma sucessiva e sem licitação, para aquisição de produtos e serviços destinados à manutenção da frota municipal, cujos valores eram fracionados para que não ultrapassassem o teto legal de R\$ 8.000,00, possibilitando a contratação direta.

É o que se constata da emissão das notas de empenho acostadas aos autos:

“- nota de empenho 966-2011, data 10/01/2011, valor



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R\$ 7.800,00 (fls.118 e 322);

- nota de empenho 961-2011, data 10/01/2011, valor R\$ 7.500,00 (fls.119 e 323).

- nota de empenho 1466-2011, data 01/02/2011, valor R\$ 7.680,00 (fls.120 e 324);

- nota de empenho 1468-2011, data 01/02/2011, valor R\$ 7.850,00 (fls.121 e 325).

10

- nota de empenho 2094-2011, data 01/03/2011, valor R\$ 7.200,00 (fls.123 e 327);

- nota de empenho 2095-2011, data 01/03/2011, valor R\$ 7.900,00 (fls.124 e 328).

- nota de empenho 2755-2011, data 04/04/2011, valor R\$ 7.650,00 (fls.125 e 329);

- nota de empenho 2756-2011, data 04/04/2011, valor R\$ 7.950,00 (fls.126 e 330).

- nota de empenho 3250-2011, data 02/05/2011, valor R\$ 7.950,00 (fls.127 e 331);

- nota de empenho 3273-2011, data 02/05/2011, valor R\$ 7.200,00 (fls.128 e 332).

- nota de empenho 3944-2011, data 01/06/2011, valor R\$ 7.660,00 (fls.129 e 333);

- nota de empenho 3945-2011, data 01/06/2011, valor R\$ 7.500,00 (fls.130 e 334).

- nota de empenho 5432-2011, data 02/09/2011, valor R\$ 7.680,00 (fls.135 e 339);

- nota de empenho 5434-2011, data 02/09/2011, valor R\$ 7.600,00 (fls.136 e 340).

- nota de empenho 5997-2011, data 03/11/2011, valor R\$ 7.700,00 (fls.138 e 342);



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

- nota de empenho 6000-2011, data 03/11/2011, valor R\$ 7.200,00 (fls.139 e 343).”

O exame ainda que perfunctório desses documentos demonstra que o réu, sob o falso argumento de atender a urgência na reposição de peças e consertos da frota da prefeitura, direcionou intencionalmente a contratação da empresa “-----”, por mais de uma vez em datas idênticas, dispensando

11

a realização de licitação. Dita periodicidade -aliás, como bem ressaltado pelo D. Magistrado de Primeira Instância, “*geralmente em um dia de cada mês efetuavam-se duas contratações*” - expõe a contradição na alegação do acusado de que haveria emergência na reposição das peças para manutenção dos veículos visando a preservação do serviço público, evidenciando a prática do crime do artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Mas não é só. Do acervo probatório também é possível extrair que ----- não comunicava a seus superiores as aquisições efetuadas, tampouco as submetia a análise da comissão instituída para julgar as licitações -a qual era por ele presidida - comportamentos sintomáticos a demonstrar a intenção de favorecer a empresa “-----”, causando prejuízo ao erário na medida em que o ente municipal estava impedido de abrir disputa no mercado, e com isso selecionar a melhor proposta entre as oferecidas por vários interessados.

Sopesando tais condutas ----- seja pelas reiteradas contratações diretas da mesma empresa, sem o processo administrativo licitatório, seja pelo ilegal fracionamento dos valores devidos em parcelas para contornar o limite que obrigaria à realização da licitação, seja ainda pela própria falta de comunicação da dispensa do certame aos superiores, a indicar a intenção de ocultar a prática ilícita -impõe-se concluir que o acusado ANAIRLTON incorreu no crime do artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E segundo ainda consignado na r. sentença *“Há até mesmo dúvidas quanto a legalidade da empresa contratada, pois nem mesmo possuía sede no endereço informado, o que agrava a contratação originada com o Poder Público, que deveria ter informações suficientes acerca da pessoa jurídica contratada, o que não ocorreu. []*

12

De fato, não há garantias nem mesmo da realização dos serviços ou entrega das peças supostamente adquiridas, o que não foi confirmado nem mesmo pelas testemunhas de defesa”.

Resta a análise a respeito da exigência do dolo específico ou genérico para a configuração do crime previsto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Tal questão não é pacífica, havendo entendimentos opostos na jurisprudência, inclusive entre os integrantes desta Colenda 13ª Câmara Criminal.

Os preclaros Desembargadores Xisto Rangel e Augusto de Siqueira filiam-se à corrente que apregoa a indispensabilidade do dolo específico para o delito em comento. Confira-se:

Apelação. Dispensa de licitação fora das hipóteses legais. Sentença parcialmente condenatória. Recurso ministerial que visa a condenação do outro denunciado. Recurso defensivo que pugna, em preliminar, a retroatividade da Lei nº 13.964/2019 para que seja possível o oferecimento de acordo de não persecução penal. No mérito, diz que há necessidade de dolo específico, o que não se verificou no caso concreto. Preliminar rejeitada. O apelante não confessou os fatos, mesmo após a entrada em vigor da lei que possibilitou o acordo de não persecução penal. Logo, não se mostra necessária a aplicação retroativa da lei, principalmente diante do não preenchimento dos requisitos legais. No mérito, tenho que o recurso defensivo deve ser provido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ainda que evidente o descaso com a coisa pública e os argumentos precários apresentados durante a persecução penal, verifico que não se demonstrou o dolo específico de causar prejuízo ao erário. Tampouco se verificou enriquecimento ilícito por qualquer das partes

13

envolvidas. Precedente desta C. Câmara Criminal. Recurso ministerial improvido e recurso da defesa provido com a absolvição do recorrente na forma do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

(TJSP; Apelação Criminal
1002228-11.2017.8.26.0397; **Relator Xisto Albarelli Rangel Neto**; 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Nuporanga - Vara Única; Data do Julgamento: 10/11/2022; Data de Registro: 10/11/2022)

“(...) Firmado isso, as provas constantes dos autos não evidenciam, apesar da irregularidade na contratação, a vontade livre e consciente dos réus para praticar os crimes, faltando, portanto, o elemento subjetivo específico do tipo. Não há qualquer indicação de superfaturamento ou prejuízo ao erário. A negociação observou os parâmetros do mercado e a empresa contratada era regular. Enfim, não se pode transferir para a esfera penal e processual penal, especialmente em função do princípio da intervenção mínima - ultima ratio -, a resolução de questões que envolvam a (in)eficiência, (in)capacidade ou (in)competência gerencial do administrador público. Ora, malgrado indevidamente negociadas, é descabido aceitar tenha havido prejuízo para o Município e proveito para os corréus. A acusação não demonstrou tal circunstância de maneira indubitosa, ônus que lhe incumbia, imprescindível para a configuração do ilícito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

penal. (TJSP; Apelação Criminal 0001157-88.2015.8.26.0646; **Relator Augusto de Siqueira**; 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Urânia - Vara Única; Data do Julgamento: 20/07/2017; Data de Registro: 25/07/2017) Em

sentido contrário, perfilhando a orientação de que

14

basta o dolo genérico para a tipificação do delito do artigo 89, *caput*, da Lei de Licitação, posiciona-se o eminente **Desembargador Marcelo Gordo** que, em 25.01.2022, ao julgar a Apelação nº 0000552-54.2017.8.26.0588, consignou em seu judicioso voto o seguinte ponto:

“Isso porque, ao contratar a empresa em questão, sem licitação impossibilitaram que a Administração se beneficiasse da melhor proposta e preteriram os demais prestadores do mesmo serviço, primados que de certo inspiraram a legislação de regência que aqui deve ser aplicada.

E ainda que assim não fosse, não se poderia invadir o âmago do sujeito para que depreendido seu elemento subjetivo. Ao revés, o estado anímico é extraído de dados objetivos, e que prestam inequívoco desfavor aos aqui acusados. Não são, nessa ordem de ideias, indicativos de mera indiferença em relação ao bem jurídico que haveriam de tutelar; demonstram, isto sim, a vontade inequívoca de lesar os cofres públicos por benefícios quiçá inconfessáveis.

Mais a mais, é mister esclarecer que o delito previsto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93 é crime de mera conduta, não reclama, portanto, o reconhecimento de dolo específico, ainda que, na hipótese, tal seja exuberante; para sua configuração, como já dito, basta a vontade de contratar sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

licitação, nos casos em que a lei exige a formalidade.

(...)”.

Pois bem. Respeitado o entendimento divergente, tem-se que a melhor solução caminha no sentido de que o tipo subjetivo deste crime se completa com a simples presença do dolo, sendo

15

despicienda a indicação da finalidade específica do agente na ação delitiva.

Não se nega que seja possível pairar dúvida séria e fundada sobre o administrador quanto à hipótese de cabimento ou não da obrigação de realizar o procedimento licitatório. Situações como essas conduzem, no mais das vezes, ao afastamento do dolo, tornando a conduta atípica por falta de previsão legal quanto ao crime culposos.

A propósito, como ensina o i. Professor de Direito Penal do Rio de Janeiro, Dr. André Guilherme Tavares de Freitas¹, “(...) a dúvida sobre a obrigatoriedade da licitação deve ser séria e fundada, pois caso o agente tenha dúvida sobre o cabimento da licitação e, mesmo assim, assume o risco de sua conduta, dispensando ou inexigindo o certame, sem maiores perquirições, estaremos diante de conduta perpetrada com dolo eventual, perfeitamente cabível na hipótese”.

Ora, foi o que sucedeu no caso concreto.

Os elementos de convicção carreados aos autos denotam, com a segurança necessária para a confirmação do título penal condenatório, que o réu -----, na qualidade de servidor público eis que era responsável pelo setor de compras do Município de Araçariguama ; por reiteradas vezes, sem fundamentação explícita e plausível, dispensou o certame licitatório, contratando diretamente empresa por ele previamente escolhida para suprir o fornecimento de

¹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na Lei de Licitações*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 67.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

peças para manutenção da frota municipal, rompendo não só com os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa, dentre outros, como, sobretudo, causando prejuízo ao patrimônio público, eis que o ente municipal não pode avaliar a proposta mais vantajosa, a qual

16

somente seria possível por meio do procedimento licitatório.

Como bem ressaltado pelo i. Procurador de Justiça oficiante, Dr. Vilson Baumgartner, em seu judicioso parecer de fls. 2426/2433:

“(...) O comportamento do Apelante infringiu tais princípios, em prejuízo da moralidade e do erário público. Objetivando a dispensa de licitação, houve o fracionamento, diante das inúmeras contratações reiteradas, que individualmente são inferiores ao teto (R\$ 8.000,00), se somadas ultrapassam o limite legal.

Ademais, ainda que houvesse dispensa de licitação, fazse necessária a existência de um procedimento próprio, que verifique todas as condições de preço e de qualidade, bem como da regularidade da empresa contratada. Desta forma, restou comprovado nos autos a intenção do réu em fraudar a licitação mediante dispensa indevida, em confronto ao disposto na Lei 8.666/95. O dano ao patrimônio é claro, seja pelos valores aferidos pela contratação irregular, seja pela própria violação aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Era de rigor a condenação”.

Mantido o título penal condenatório, passa-se ao exame da dosimetria.

Ao efetuar os cálculos penais, o D. Magistrado



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sentenciante anotou que *“Atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, o réu ostenta condenação anterior, ostentando maus antecedentes e a conduta reiterada com prejuízo, com insistência de aquisições com empresas que sequer estavam ativas, denota a culpabilidade acentuada e que leva a fixação da pena em 1/3 acima do mínimo, ou seja, 04 anos de detenção e pagamento de 13 dias*

17

multa. Ausentes agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena. Reconheço o crime continuado, e pelo total de dispensas fraudulentas, no caso, 25 vezes, elevo a pena em 2/3, totalizando 06 anos e 08 meses de detenção e pagamento de 325 diasmulta, já que para o preceito secundário aplica-se o disposto no artigo 72 do Código Penal. Fixo o dia-multa no mínimo legal”.

Respeitado o entendimento do D. Julgador, as reprimendas comportam reparos.

De acordo com a certidão de antecedentes criminais acostada às fls. 2254/2255, foi possível constatar que o réu é primário, sem antecedentes desabonadores, em que pese recair sobre ele ações penais que se encontram em andamento.

Ora, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula nº 444, do STJ: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base”.*

Assim, afastado o aumento na primeira fase da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dosimetria, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal, consistente em 03 anos de detenção e 10 dias-multa.

À minguia de agravantes e atenuantes, as penas intermediárias permanecem as mesmas.

Por fim, como ressaltado pelo i. Julgador de Primeiro Grau, diante da continuidade delitiva —o réu praticou 25 ações criminosas—, impõe-se o aumento na fração de 2/3, de modo que as

18

penas alcançam o patamar de 05 anos de detenção.

Já quanto à pena de multa, impõe-se sua modificação, nos termos propostos pelo i. Procurador de Justiça oficiante, Dr. Vilson Baumgartner.

Estabelece o art. 72, do Código Penal: “*No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*”.

O concurso de crimes, como se sabe, abrange o concurso material (art. 69), o concurso formal (art. 70) e o crime continuado (art. 71).

Quanto às figuras do concurso material e concurso formal, prevalece de forma pacífica o entendimento de que o legislador adotou o sistema de cúmulo material quanto às penas de multa, de modo que elas devem ser somadas individualmente.

Por outro lado, há forte controvérsia em relação ao *crime continuado*, pairando na doutrina duas correntes em sentidos opostos. Para a primeira, as multas cominadas aos diversos delitos praticados pelo agente devem ser somadas (*sistema do cúmulo material*), enquanto para a outra as penas devem ser aplicadas somente uma delas, com aumento de determinado percentual (*sistema da exasperação*).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lembra Cleber Masson² que:

“Para os partidários da primeira corrente, o art. 72 do Código Penal foi taxativo ao determinar a soma das penas de multa no concurso de crimes, pouco importando a sua modalidade, isto é, se concurso material, formal, ou, ainda, crime continuado. Não se poderia, assim, ser acolhida interpretação diversa, em manifesta oposição ao texto legal.

19

Além disso, a posição geográfica da regra revelaria a intenção do legislador de fazer valer seu mandamento a todas as espécies de concurso de crimes. Com efeito, por estar no art. 72, irradiaria seus efeitos sobre os arts. 69, 70 e 71, todos do Código Penal. É a posição dominante em sede doutrinária.

Os adeptos da segunda corrente, por outro lado, alegam que a adoção da teoria da ficção jurídica pelo art. 71 do Código Penal implica na aplicação de uma única pena de multa, por se tratar de crime único para fins de dosimetria da sanção penal. Não teria sentido aplicar-se uma só pena privativa de liberdade, e várias penas de multa, para um crime continuado. É a posição majoritária no âmbito jurisprudencial. (...)”.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem orientação no sentido de que, no crime continuado, a pena de multa não está sujeita ao artigo 72, do Código Penal. Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTINUADO. PENA DE MULTA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. ART. 49 DO CP.

² MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). V. 1 14ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, pág. 668.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. OBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. I - A fixação da pena de multa é realizada em duas etapas, sendo, inicialmente, estabelecida a quantidade de dias-multa, em proporcionalidade com a pena privativa de liberdade imposta, levando-se em consideração o limite mínimo de 10 (dez) e máximo de 360 (trezentos e sessenta), conforme o estabelecido no art. 49 do CP. II - Após a fixação da quantidade, o julgador deverá estabelecer o valor do dia-multa em conformidade com a capacidade econômica do apenado, respeitando o valor mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente ao tempo

20

do fato, e máximo de 5 (cinco) salários mínimos (art. 49, § 1º, do CP). III - **Na hipótese de crime continuado, a jurisprudência do STJ orienta que, na fixação da pena de multa, não deve haver a incidência do cúmulo material, previsto no art. 72 do CP, porquanto se trata de espécie de concurso de crimes.** (...) (AgRg no REsp n. 1.971.042/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.) (ressalvo negritos e sublinhados)

Adotada a fração de 2/3 por força da continuidade delitiva, a pena de multa deve ser alterada para 16 dias-multa.

O regime inicial semiaberto se mostra adequado à espécie e não comporta o abrandamento reclamado pela Defesa, notadamente em razão do *quantum* de pena estabelecido, superior a 04 anos, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, patamar que também afasta as pretensões defensivas voltadas à obtenção de outros benefícios, especialmente a substituição da corporal por restritivas de direitos, ou mesmo a concessão de *sursis*,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diante do que estabelecem os artigos 44, I, e 77, § 2º, ambos do Código Penal.

O réu respondeu à ação penal em liberdade, não existindo nos autos notícia de sua prisão preventiva, razão pela qual não há sentido em se acolher o pedido da Defesa para expedição de alvará de soltura.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto pela Defesa de -----, para reduzir suas penas, que passam a ser de 05 anos de

21

detenção, e 16 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

J. E. S. BITTENCOURT RODRIGUES

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO