



2ª Câmara Especial / Gabinete Des. Miguel Monico

Processo: 0000821-82.2018.8.22.0002 - APELAÇÃO CRIMINAL (417)

Relator: Des. MIGUEL MONICO NETO

Data distribuição: 29/05/2022 16:04:52

Data julgamento: 14/02/2023

Polo Ativo: GERALDO NICODEMUS SANVIDO JUNIOR e outros (3)

Advogados do(a) APELANTE: FRANKLIN MOREIRA DUARTE - RO5748-A, FRANCISCO CESAR TRINDADE REGO - BA5483-A

Advogados do(a) APELANTE: ELISANDRA NUNES DA SILVA - RO5143-A, MAXWELL PASIAN CERQUEIRA SANTOS - RO6685-A, FRANKLIN MOREIRA DUARTE - RO5748-A, PAULO CESAR GONZAGA DA SILVA - RO7803-A

Advogados do(a) APELANTE: ELISANDRA NUNES DA SILVA - RO5143-A, PAULO CESAR GONZAGA DA SILVA - RO7803-A

Polo Passivo: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE RONDONIA

RELATÓRIO

Geraldo Nicodemus Sanvido Júnior, Franklin Moreira Duarte, Franciléia Pereira Malta e Marcel Antônio Inocêncio recorrem da sentença proferida pelo juiz da 3ª Vara Criminal, que condenou os três primeiros como incurso nas penas previstas no art. 90, *caput*, da Lei 8.666/93, por duas vezes, na forma do art. 71 do CP, e art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67, tudo na forma do art. 69 do CP, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e 2 anos e 11 meses de detenção, em regime aberto, além do pagamento de 14 dias-multas, tendo sido substituídas por duas penas restritivas de direito; e o último como incurso nas penas do art. 90, *caput*, da Lei 8.666/93, por duas vezes, na forma dos arts. 71 e 299 do CP, tudo na forma do art. 69 do CP, à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão; 2 anos e 11 meses de detenção, em regime aberto, além do pagamento de 26 dias-multas, tendo sido substituídas por duas penas restritivas de direito.

Em suas razões, o apelante Geraldo (ID. 15933915 - fls. 99/100 e ID. 15933916 - fls. 01/22) e Marcel (ID. 15933916 - fls. 25/36) pugnaram pela absolvição argumentando que não houve dolo em suas condutas, já que houve a prestação do

serviço. Subsidiariamente, Marcel requer aplicação do princípio da consunção a fim de que o crime de falsidade ideológica seja absorvido pelo de fraude à licitação, bem como que a pena-base seja aplicada no mínimo legal.

A apelante Franciléia arguiu preliminar de ausência de justa causa/atipicidade da conduta. No mérito, pugnou pela absolvição, argumentando que não houve dolo ou má-fé. Requer, ainda, a não aplicação do tipo penal previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, aduzindo que se aplica apenas aos prefeitos e vereadores. Por fim, requer a aplicação das penas no mínimo legal e a redução da prestação pecuniária (ID. 15933916 - fls. 77/94).

O apelante Franklin pugna pela absolvição ao argumento de que não ficaram comprovadas as condutas ilícitas a ele imputadas, não havendo nenhuma ilegalidade na condução do certame, já que houve a prestação do serviço. Requer, ainda, a não aplicação do tipo penal previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, aduzindo que se aplica apenas aos prefeitos e vereadores. Por fim, requer a aplicação das penas no mínimo legal e a redução da prestação pecuniária (ID. 15933916 - fls. 96/100 e ID. 15933917 - fls. 01/08).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (ID. 15933916 – fls. 37/61 e ID.15933917 - fls. 13/35).

O procurador de justiça Airton Pedro Marin Filho opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso, mantendo-se a sentença proferida em primeira instância (ID. 15933917 - fl. 38/47).

Os apelantes Franklin, Franciléia (ID. 15933917, fl. 54/55) e Marcel (ID. 15933917 - fls. 61/62) manifestaram-se alegando a ocorrência de prescrição.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR MIGUEL MONICO

NETO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Narra a denúncia que, no mês de dezembro de 2010 e janeiro de 2011, na sede da Prefeitura Municipal de Rio Crespo, Geraldo Nicodemus Sanvido Júnior, Marcel Antônio Inocêncio, Franklin Moreira Duarte e Franciléia Pereira Malta, previamente ajustados, arquitetaram e posteriormente executaram direcionamento licitatório, que lesou os cofres públicos de Rio Crespo, uma vez que fraudaram, mediante ajuste, o caráter competitivo dos Procedimentos Administrativos n.

1002/2010 e 30/2011, que culminaram na contratação da empresa Consult Representação e Assessoria Ltda. para supostamente prestar serviços de assessoria em licitação – treinamento de pessoal para modalidade de pregão eletrônico e assessoria técnica na elaboração de pregão e reorganização e condução de processos pelo sistema registro de preços - com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da contratação.

Segundo apurado, a despesa com a contratação foi fracionada, reduzindo-se fictamente o *quantum* da contratação, sendo que o montante de uma despesa que seria de R\$10.400,00 foi dividida em duas, sendo uma de R\$3. 200,00 e outra de R\$7.200,00, de modo a possibilitar a dispensa indevida no certame licitatório, descumprindo as regras estipuladas na Lei 8.666/93.

Apurou-se, ainda, que o apelante Marcel, como fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, falsificou documentos públicos nos Processos n. 1002/2010 e 30/2011, uma vez que inseriu documentos falsos em ambos os processos administrativos, ao anexar as cotações de fls. 12 e 13 no Procedimento Administrativo n.º 1002/2010, e as cotações de fls. 3 e 4, ao Procedimento Administrativo n.º 30/2011, nas quais indicavam terem sido emitidas pelas empresas Instituto Exatus Ltda. - ME e Êxito Ass. Empresarial Ltda. Contudo, não foram por elas emitidos, uma vez que as referidas empresas não ofertaram cotação de preço para subsidiar a contratação pública.

Apurou-se, também, que o apelante Geraldo desviou em proveito dos também apelantes Franklin Moreira Duarte e Franciléia Pereira Malta rendas e verbas públicas, uma vez que efetuou pagamento supostamente destinado a arcar com custos de assessoria em licitação sem que os serviços tivessem sido prestados e sem documentos a respaldar o pagamento da despesa.

Sob esses fundamentos, o Ministério Público denunciou:

1. GERALDO NICODEMUS SANVIDO JÚNIOR como incurso no art. 90 da Lei 8.666/93 (por duas vezes) na forma do artigo 71 do Código Penal e art. 1º, I, do Dec-Lei n. 201/67, tudo em concurso material;
2. MARCEL ANTÔNIO INOCÊNCIO como incurso no art.90 da Lei 8.666/93 (por duas vezes) e art. 299 e seu parágrafo único (por duas vezes), ambos na forma do artigo 71 do Código Penal e em concurso material;
3. FRANKLIN MOREIRA DUARTE como incurso no artigo art.90 da Lei 8.666/93 (por duas vezes) na forma do artigo 71 do Código Penal e art. 1º, 1, do Dec-Lei n. 201/67, tudo em concurso material;
4. FRANCILÉIA PEREIRA MALTA como incurso no artigo art.90 da Lei 8666/93 (por duas vezes) na forma do artigo 71 do Código Penal e art. 1º, I, do Dec-Lei n. 201/67, tudo em concurso material...[fls. 03/12- Vol. 1]

Regularmente processados, os apelantes foram condenados nos termos da sentença, cuja pena já foi devidamente explicitada no relatório deste voto, assim como as razões de seus inconformismos.

I – Preliminares

1.1 Ausência de Justa Causa/Atipicidade da Conduta

A apelante Franciléia arguiu ausência de justa causa para sua condenação, pois não participou da elaboração/execução dos procedimentos licitatórios com o Município de Rio Crespo e seu nome apenas constava no quadro societário da empresa Consult Representação.

A preliminar de atipicidade da conduta confunde-se com o próprio mérito e com ele será analisada.

Submeto este entendimento ao colegiado.

DESEMBARGADOR HIRAM SOUZA MARQUES

Acompanho o relator.

DESEMBARGADOR GLODNER LUIZ PAULETTO

Acompanho o relator.

1.2 Da Prescrição

Os apelantes Franklin, Franciléia e Marcel alegam a ocorrência de prescrição. Todavia, sem razão aos apelantes. Como cediço, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de não provido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa (Art. 110, §1º, do CP).

Analisando os autos, verifica-se que as penas máximas aplicadas aos apelantes foram de 2 anos e 11 meses de detenção e 2 anos e 6 meses de reclusão. Logo, enquadram-se no disposto no art. 109, IV, do Código Penal, segundo o qual prescreve “em oito anos, se o máximo da pena for superior a dois anos e não exceder a quatro”.

Na hipótese, a denúncia foi ofertada em 25/2/2018 e recebida em 08.03.2018 (ID. 15933911 - fl. 38), sendo que a sentença condenatória foi publicada em 03.06.2019 (ID. 15933915 - fls. 61/84).

Desse modo, considerando que os fatos que deram ensejo à condenação iniciaram em dezembro de 2010 e estenderam até abril de 2011, a denúncia foi recebida em março de 2018 e a sentença publicada foi proferida em 03.06.2019, não há se falar em ocorrência do instituto da prescrição.

Sob esses fundamentos, afasto a preliminar de prescrição.

Submeto-a ao colegiado.

DESEMBARGADOR HIRAM SOUZA MARQUES

Acompanho o relator.

DESEMBARGADOR GLODNER LUIZ PAULETTO

Acompanho o relator.

II - Mérito

2.1 Do Pedido de Absolvição

Os apelantes Geraldo, Franklin, Franciléia e Marcel pugnaram pela absolvição, alegando, em suma, que não foram comprovados nos autos a ocorrência de dano ao erário e dolo específico ou má-fé.

De início, impende fazer alguns esclarecimentos sobre o delito de fraude à licitação. Em relação ao crime de fraude à licitação imputado aos apelantes, este está previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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.

Como cediço, o art. 90 da Lei n. 8.666/93 – Dos Crimes e das Penas - foi revogada pela Lei 14.133/2021, e o delito de fraude à licitação passou a ser tipificado no art. 337-F inserido no CP, com a seguinte redação:

Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Anote-se, outrossim, que a sanção contida no art. 337-F, introduzida no Código Penal, foi majorada. A previsão do art. 90 da Lei n. 8.666/93 era de detenção de dois a quatro anos, e multa. A nova norma penal secundária traz um regime mais rígido, reclusão, e um recrudesimento de pena, mínima de quatro e máxima de oito anos.

Desse modo, as alterações da Lei 12.234/21 não serão aplicadas ao caso, porque prejudicial aos apelantes (irretroatividade da lei penal desfavorável ao réu).

Fixadas estas premissas, passo à análise dos pedidos de absolvição dos delitos requeridos pelos apelantes. A materialidade delitiva em relação a fraude à licitação foi comprovada por meio dos documentos constantes nos Processos Administrativos n. 1002/2010 e 30/2011, além das demais provas carreadas nos autos.

Quanto à autoria, de igual forma, foi comprovada, não obstante os apelantes terem negado os fatos delituosos a eles imputados.

É dos autos que o apelante Geraldo (Ex-Prefeito de Rio Crespo) e Marcel (Diretor de Patrimônio e Almoxarifado, membro da Comissão de Licitação e, por último, Secretário de Administração), em abuso de seus cargos, manipularam a comissão de recebimento para que seus integrantes atestassem a prestação de um serviço com qual não haviam tido nenhum contato e sem quaisquer condições de aferir sua execução.

O esquema constitui no indevido fracionamento do objeto a ser contratado, com a finalidade de possibilitar a dispensa irregular do procedimento licitatório, mediante a aquisição de assessoramento que podia ter sido feito de uma única vez.

Em relação ao Processo Administrativo n. 1002/2010, que tinha como objeto “contratação de empresa habilitada no fornecimento de serviço de assessoria técnica em licitação”, no valor de R\$3.200,00, foi dispensada a licitação e, no dia 14.12.2010, foi contratada a empresa Consult Repres. Assessoria Empresarial Ltda. (ID. 15933905), de propriedade dos apelantes Franciléia e Franklin

O Processo Administrativo n. 0030/2011, por seu turno, tinha como objeto “contratação de empresa especializada para assessoria técnica em licitações para a modalidade de pregão eletrônico e presencial, reorganização e condução de processo pelo sistema de registro de preço”, no valor de R\$7.200,00, tendo sido contratada, no dia 31.01.2011, a empresa Consult Repres. Assessoria Empresarial Ltda. (ID. 15933905), de propriedade dos apelantes Franciléia e Franklin.

Como se pode observar, não houve licitação, apenas dois procedimentos administrativos de dispensa de licitação, com aquisições de objetos similares de uma mesma empresa, em valores sempre inferiores a R\$8.000,00, - teto legal, - em curto período de tempo, de forma sequencial, em meses seguidos, evidenciando a fraude, consubstanciada no fracionamento das aquisições dos serviços, com desmembramento indevido do objeto contratado, a fim de permitir a dispensa de licitação em razão do valor de cada um isoladamente.

De fato, é de clareza hialina o desmembramento indevido da despesa com a burla do processo licitatório, visto que o valor global do contrato foi de R\$10.400,00, mas as contratações foram fracionadas para que não ultrapassassem o teto legal e, assim, os apelantes formalizaram a prestação de um serviço no valor de R\$3.200,00 e, posteriormente, uma segunda prestação de R\$7.200,00.

Ademais, não se passa despercebida a não observância dos requisitos para contratação com o poder público. Com efeito, no Processo Administrativo 1002/2010, não há assinatura do solicitante da despesa na pesquisa e cotação de preços nem no parecer técnico (ID. 15933906). Já no Processo Administrativo 30/2011, não consta ato de solicitação de despesa, com a justificativa da necessidade do serviço e o setor da Administração beneficiada com o gasto (ID. 15933906).

Portanto, ainda que fosse caso de dispensa de licitação, fazia-se necessário processo formal, ex. justificativa obrigatória, razão de escolha do fornecedor, justificativa de preço, documento de aprovação dos projetos de pesquisa, o que não houve no caso em apreço, como bem destacou o Ministério Público.

Registra-se, outrossim, que a Comissão Parlamentar de Levantamento, da Câmara Municipal de Rio Crespo, constituída com a finalidade de averiguar irregularidades com recursos públicos, detectou as irregularidades relacionadas abaixo, consoante se pode verificar no ID. 15933905:

- a) ausência de assinatura da solicitante às fls. 02 do proc. n. 1002/2010;
- b) ausência de assinatura na pesquisa e na cotação de preços, respectivamente fls. 04 e 13 do proc. n. 1002/2010;
- c) ausência de assinatura no Parecer Técnico do controle interno às fls. 26 do proc. nº 1002/2010;

d) a data das cotações (09.12.2010) é anterior a data de abertura do Processo, bem como de sua autorização (13.12.2010), uma impropriedade que sugere ter havido fraude processual;

e) ausência de Projeto Básico, tornando impossível quantificar o serviço a ser contratado;

f) incompatibilidade de tempo para realização dos serviços no período de 14 à 23.12.2010, 09 (nove) dias apenas. O que sugere uma não efetivação dos serviços que seriam fornecidos, já que não consta nos autos comprovação da efetiva prestação desses serviços;

g) o mesmo objeto é novamente contratado no início do exercício seguinte, através do Processo n. 0030/2011;

Desse modo, não há que se falar em ausência de dolo, pois a intenção dos apelantes foi frustrar o caráter competitivo do certame para beneficiar a empresa Consult, de propriedade de Franciléia e Franklin, fracionando a despesa para possibilitar a dispensa do procedimento licitatório e, assim, fazer a aquisição de assessoria que podia ser realizada de uma única vez.

A testemunha Paulo Gilson Borges de Campos, em juízo e sob o crivo do contraditório, confirmou que fez parte da comissão de levantamento e que, na ocasião, foi constatado que alguns dos procedimentos licitatórios subscritos por Geraldo Nicodemus foram fracionados para que não se realizasse a licitação. Afirmou que as irregularidades detectadas no levantamento foram relacionadas no relatório da comissão. Disse que Marcel exerceu várias atividades dentro da Administração, desde Presidente da CPL até Secretário de Administração. Confirmou como verdadeira sua assinatura no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Levantamento (mídia – Audiências PJE).

A testemunha Adilson Vieira dos Santos, em juízo, a despeito de não se recordar dos fatos narrados na denúncia, confirmou a sua assinatura constante no Relatório da Comissão Parlamentar. Afirmou que foi vereador no município. Esclareceu que o apelante Marcel era “ajudante do Prefeito” (mídia – Audiências PJE).

Em juízo, a testemunha Lilian de Souza Cardoso afirmou que era assessora especial. Que nunca cumpriu efetivamente as funções atinentes à comissão, pois não comparecia *in loco* para averiguar se os serviços e bens adquiridos estavam realmente sendo fornecidos; esclareceu que agia assim por ordem do prefeito Geraldo e do secretário Marcel, que orientaram dizendo que não era necessário o trabalho de fiscalização, e que os membros da comissão precisariam assinar as notas fiscais; que assinou as notas apenas para manter seu emprego; Disse que “Tinha uma moça que folheava os processos e a gente assinava”; afirmou que ninguém comparecia ao local para verificar se os bens ou serviços objetos de licitação eram efetivamente oferecidos; em razão disso, não sabe dizer se os serviços licitados e objeto do presente feito foram efetivamente entregues (mídia – Audiências PJE).

O apelante Marcel Antônio Inocêncio, perante o Ministério Público, afirmou (ID. 15933907 – fls. 19/20):

Que durante a gestão do prefeito Geraldo Nícodemus foi diretor de Patrimônio e Almoxarifado, membro de Comissão de Licitação e, por último, ocupou o cargo de Secretário de Administração. Teve contato com os autos do processo n. 1002/2010 e se recorda que o processo foi realizado para que a equipe da CPL recebesse orientação acerca dos trabalhos a serem realizados [...]. Na ocasião, não sabia que o processo de contratação de assessoria em pregão eletrônico exigia projeto básico e uma descrição mais pormenorizada do objeto a ser contratado. Não atentou para essa ausência em razão do valor da contratação ser inferior a R\$ 8.000,00. Inclusive, os outros processos que tramitavam pela CPL, inferiores a esse patamar, não apresentavam projeto básico [...] O Franklin foi indicado por algum servidor da prefeitura para o prefeito Geraldo Nicodemus, após tomar conhecimento que ele pretendia contratar alguém para assessorar os trabalhos da CPL...

Em juízo, o apelante Geraldo negou os fatos a ele imputados. Disse que, à época, era Prefeito do Município de Rio Crespo; esclareceu que quem era o responsável pelas licitações era a Secretaria de Administração e, "salvo engano, era o Marcel o Secretário ou a Maricélia, não me lembro quem era o secretário" (mídia – Audiências PJE).

Também, em juízo, o apelante Franklin negou os fatos a ele imputados, mas não soube esclarecer para o magistrado sobre dois objetos similares com a mesma finalidade; afirma que prestou o serviço contratado; confirma que o período entre um processo licitatório e outro foi extremamente curto; disse que não existia projeto básico e nem equivalente (mídia – Audiências PJE).

A apelante Franciléia, por seu turno, em juízo, negou os fatos a ela imputados. Afirmou que era sócia da empresa Consult, mas quem administrava a empresa era o seu marido, o apelante Franklin; negou sua participação na fraude à licitação, mas quando foi questionada se o objeto da licitação teria sido cumprido afirmou: "quanto a isso sim", bem como afirmou que acompanhava seu esposo Franklin em outras empresas, inclusive na Consult; afirma que acompanhou seu esposo no Município de Rio Crespo (mídia – Audiências PJE).

O apelante Marcel, em juízo, também negou os fatos a ele imputados; disse que era presidente da CPL. Que por falta de conhecimento não sabia se podia fazer dois processos licitatórios. Afirmou que o segundo processo "foi quase a mesma coisa" do primeiro; não falsificou os documentos dos referidos processos; que o apelante Franklin foi indicado pelo prefeito para prestar assessoria sobre licitação; esclareceu que a assessoria prestada pelo apelante Franklin foi por pouco tempo (mídia – Audiências PJE).

Na hipótese, a despeito da negativa de autoria nos interrogatórios dos apelantes, foi devidamente comprovada a vontade livre e consciente dos apelantes em fraudar o certame.

Nesse contexto, o apelante Geraldo (Ex-Prefeito de Rio Crespo) e o apelante Marcel (Diretor de Patrimônio e Almoxarifado, membro de Comissão de Licitação e, por último, Secretário de Administração) procederam à dispensa de licitação relativamente à contratação de serviços de assessoria em licitação pelos Processos Administrativos n. 1002/2010 e 30/2011 (treinamento de pessoal para modalidade de pregão eletrônico e técnica na elaboração de pregão e reorganização

e condução de processos pelo sistema registro de preços) que, individualmente, não superam o limite de dispensa previsto no art. 24, II, da Lei n. 8666/93, mas que no conjunto superam àquele limite, de forma que se está diante de fracionamento de despesas com vistas a obter dispensa indevida de licitação.

Ademais, o apelante Geraldo, na condição de prefeito, autorizou o pagamento da despesa (ID. 15933906 – fl. 24) por serviços executados em desacordo com a previsão legal e sem comprovação específica de sua prestação; Franciléia e Franklin, proprietários da empresa Consult, foram os beneficiários das contratações irregulares, fraudando o caráter competitivo dos certames.

Nesse passo, o elemento subjetivo do tipo também foi demonstrado, uma vez ficou evidenciado o dolo dos agentes, caracterizado pela livre e consciente vontade de dispensar indevidamente a licitação mediante fragmentação de despesas com vistas a obter a contratação direta, bem como o direcionamento para contratação da empresa, de propriedade dos apelantes Franklin e Franciléia, pelos então gestores e também apelantes Geraldo e Marcel.

Desse modo, encontram-se sobejamente comprovadas nos autos as condutas ilícitas perpetradas pelos apelantes no bojo do procedimento licitatório, as quais evidenciam o intuito fraudulento de, mediante prévio ajuste, frustrarem o caráter competitivo dos certames, nos exatos termos do art. 90 da Lei n. 8.666/93.

Quanto à alegação da apelante Franciléia de ausência de justa causa para sua condenação, alegando que não participou da elaboração/execução dos procedimentos licitatórios com o Município de Rio Crespo e seu nome não apenas constava no quadro societário da empresa Consult Representação, também não merece acolhida.

É dos autos que a apelante Franciléia é sócia da empresa Consult e esposa do apelante Franklin Moreira Duarte, que administrava a empresa e contava com a sua participação ativa, que lhe acompanhava nos afazeres da empresa, consoante esclareceu no seu interrogatório.

De fato, em juízo, a despeito de a apelante ter negado sua participação na fraude à licitação, quando foi questionada se o objeto da licitação teria sido cumprido afirmou: “quanto a isso sim”, bem como afirmou que acompanhava seu esposo Franklin em outras empresas, inclusive na Consult.

Além disso, na cláusula sexta do contrato social juntado pela defesa dos apelantes (ID. 15933910 - fl. 51) consta que a sociedade será administrada por Franklin Moreira Duarte e Franciléia Pereira Malta, caindo por terra a tese de que apenas constava no quadro societário da empresa.

Nesse passo, foi sobejamente comprovado, mormente por meio da prova documental e testemunhal, que os apelantes praticaram o delito pelo qual foram condenados, e se o conjunto probatório é seguro a evidenciar que os apelantes praticaram o delito de fraude à licitação, a tese defensiva de absolvição por ausência de justa causa ou atipicidade da conduta ou, ainda, ausência de dolo ou má-fé torna-se desarrazoada.

Em relação ao crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), da mesma forma, foram comprovadas a autoria e materialidade delitivas. Como cediço, o delito de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP, só se concretiza, em tese,

se presentes as seguintes condutas alternativas. Nesse sentido, tem-se a lição de Luiz Régis Prado:

a) omitir (não dizer, não mencionar), em documento público ou particular, declaração que dele devia constar; b) inserir (introduzir diretamente) ou c) fazer inserir (forma indireta), no mesmo, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita (in, Comentários ao Código Penal, RT, 2ª ed. p. 898).

Ainda dispõe o art. 299, *caput*, do CP:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Na hipótese, foi comprovado que o apelante Marcel Antônio, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, inseriu dados falsos em relação às cotações de preços e acostou aos Processos Administrativos 1002/2010 e 30/2011.

Extrai-se dos autos que a cotação de preço da empresa Exito Assessoria Empresarial não possui a assinatura do proponente e a cotação da empresa Instituto Exatus Ltda. - ME, a despeito de constar uma assinatura, o proprietário da referida empresa, inquirido em juízo, foi categórico em afirmar que a assinatura aposta no documento não era sua.

Em relação à empresa Exatus, que está localizada em Ji-Paraná, o seu proprietário, Sr. Ronaldo Helfenstein, ouvido por carta precatória (ID. 15933907 – fls. 41/42), esclareceu:

[...] Desde logo quero ressaltar que minha empresa não trabalha com a prestação de serviço de assessoria para treinamento e/ou realização direta de pregões eletrônicos. Analisando o documento de folha 77 desde logo informo que a assinatura do proponente não foi realizada por mim. Na minha empresa só quem Subscrive pesquisas de preços, cotações, etc, sou eu, minha esposa e as vezes minha filha chamada Aline. Nenhuma outra pessoa está autorizada a subscrever documentos dessa natureza. A letra de preenchimento do documento de folha 77 também não é minha, nem da minha esposa ou da minha filha [...]. Também quero esclarecer que o carimbo utilizado no documento de folha 77 não é o utiliza pela minha empresa [...] inclusive o objeto da licitação não é daqueles que a minha empresa costuma participar. sequer possuo condições técnicas para prestar assessoria referente a assuntos relacionados a licitação na modalidade pregão eletrônico. O mesmo digo em relação ao documento de folha 86, que igualmente não foi subscrito por mim, minha esposa e filha e possui as mesmas impropriedades. De igual modo, o documento de folha 109 possui assinatura falsa, pois não realizada por mim e nele constam as demais falhas retro citadas. [...]. Também o documento de folha 113 não foi subscrito por mim, [...]. Assim, nenhuma das cotações de preço constantes desta carta precatória são oriundas da minha empresa. Externo minha preocupação com o fato de existir um falso carimbo da minha empresa que ao que parece foi utilizado e ainda pode estar sendo utilizado para fins ilícitos. A formatação gráfica do carimbo constantes das cotações de preço é diferente dos carimbos da minha empresa, neste ato firmado e apresentados em documento autônomo. Não conheço Marcel Antônio Inocência apontado nos documentos [...].

Anote-se que na oportunidade também foram ouvidas Rosane Terezinha Helfenstein e Aline Cristina Helfenstein, esposa e filha da testemunha Ronaldo Helfenstein, que foram firmes em afirmar que as assinaturas das cotações de preço não lhes pertencem, bem como o carimbo não é o utilizado pela empresa (ID. 15933907 -fls. 43/46).

Quanto à empresa Êxito Assessoria, cujo nome também consta na cotação de preço do Processo 1002/2010 e do Processo 30/2011, não foi produzida prova sobre sua existência. Além disso, não há registro de seu contrato social no sistema da junta comercial do Estado de Rondônia, e, em diligência no seu endereço, consta do Relatório Operacional n. 95/2013 (ID. 15933907 – fls. 15/16) que não há vestígio de funcionamento da empresa.

Não se pode olvidar que o apelante Marcel era o responsável pela regular condução do certame administrativo de contratação, de modo que sua conduta em inserir documentos falsos a fim de criar obrigação e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante trata-se de conduta que se enquadra perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 299 do CP.

Assim, ficou devidamente caracterizado o dolo específico de alterar a verdade dos fatos, inserindo documentos falsos nos processos licitatórios, tudo com a finalidade de simular a pesquisa para aferição do preço do serviço contratado, daí porque a tese defensiva de absolvição não merece acolhimento.

Sabe-se que o crime de falsidade ideológica é formal e, portanto, dispensa a ocorrência de efetivo prejuízo. No caso, a conduta do apelante enquadra-se perfeitamente ao tipo penal, porquanto tinham plena consciência de que as cotações inseridas no Procedimento Administrativo n. 1002/2010 e no n. 30/2011 não haviam sido emitidas pelas empresas Exatus Ltda. - ME e Êxito Ass. Empresarial Ltda.

Assim, no caso, o conjunto probatório é harmônico e as provas produzidas nos autos são suficientes para manter a condenação do apelante.

Em relação ao crime de desvio de verba pública (art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67), também foram comprovadas autoria e materialidade do delito.

O Art. 1º, inc. I, da Lei n. 201/67 dispõe:

Art. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...]

I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; [...] § 1º. Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) anos a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Como cediço, o tipo penal do inciso I é denominado de Apropriação Indébita ou Desvio de Bens ou Rendas. O delito consiste em “apropriar-se de bens ou rendas públicas ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”.

Nesse passo, ocorrerá o delito sempre que as rendas públicas forem apropriadas ou desviadas, com ânimo definitivo, como no pagamento de serviço que não foi prestado.

O tipo subjetivo é o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de apropriar-se ou desviar bens ou rendas públicas, e não há previsão de forma culposa.

De acordo com as provas carreadas nos autos, está devidamente comprovado o dolo específico dos agentes, já que o apelante Geraldo desviou em proveito dos apelantes Franklin Moreira Duarte e Franciléia Pereira Malta verbas públicas ao efetuar pagamento supostamente destinado a arcar com custos de assessoria em licitação sem que os serviços tivessem sido prestados e sem documentos a respaldar o pagamento da despesa.

Ressalta-se que não foi produzida nenhuma prova que pudesse demonstrar o efeito do fornecimento da assessoria em licitação. Por outro lado, há documentos autorizando a despesa e pagamento à empresa sem a comprovação do efetivo fornecimento da assessoria em licitação.

Nesse passo, foi comprovado nos autos que apelante Geraldo Nicodemus Sanvido Júnior, prefeito do município e ordenador de despesas, desviou verba pública em proveito de terceiras pessoas; os apelantes Franklin Moreira Duarte e Franciléia Pereira Malta beneficiaram-se das contratações irregulares, fraudando o caráter competitivo dos certames, obtendo proveito econômico ao receberem pagamento para arcar com custos de assessoria em licitação sem prestar os serviços.

Assim, ficou evidenciado que o erário foi lesado no valor de R\$10.400,00, que corresponde à soma dos valores efetuados com dispensa indevida de licitação (ID. 15933906 – fls.32/35 e fl. 60; ID. 15933907 – fl. 93) sem a comprovação do efetivo fornecimento da assessoria em licitação.

De fato, comprovada a frustração do caráter competitivo da licitação, ante o fracionamento indevido do objeto licitatório, presente o dolo específico que permeou a conduta dos apelantes; e existindo danos ao erário, a conduta é penalmente relevante e constitui ilícito penal, sobretudo considerando a comprovação de apropriação de verbas públicas.

Nesse contexto, de acordo com as provas produzidas nos autos, o pagamento do serviço foi realizado sem o respectivo relatório dos serviços prestados ou documentos que comprovem o efetivo fornecimento dos serviços contratados, estando configurado o delito previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67, na forma do art. 29 do CP.

Desse modo, fica evidenciado que os valores pagos à empresa Consult foram irregulares e indevidos, de modo que os cofres públicos foram lesados, cabendo a aplicação do delito supramencionado.

Ademais, considerando que os apelantes sabiam da condição de prefeito do apelante Geraldo e, assim, devem responder pelo mesmo delito em coautoria, pois participaram do crime em concurso.

2.2 Da Aplicação do Princípio da Consunção em Relação ao Crime de Falsidade de Documento

O apelante Marcel alega que ainda que se reconhecesse a prática pelo crime de falsidade ideológica, este ficaria absorvido pelo delito de fraude à licitação. Isso porque a suposta falsidade ideológica dos documentos acostados nos

processos de licitação tinha por finalidade subsidiar a fraude do procedimento licitatório. Nele se exaurindo”

De início, vale ressaltar que a aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de um delito como fase de preparação ou execução de outro mais grave, impondo sua absorção.

Nesse contexto, “uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último” (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa uma etapa mais avançada na efetivação do malefício” (Hungria, Comentários, Forense, 1955, VI, T. 1º, pg. 136).

Logo, não se pode admitir que o delito de falsidade ideológica seja absorvido pelo crime de fraude à licitação, considerando que um não constitui fase normal de preparação ou execução de fraude à licitação, bem como tutelam bens jurídicos diversos, de um lado a fé pública referente à autenticidade e confiabilidade dos documentos públicos (art. 299 do CP) e de outro, a lisura das licitações e dos contratos com a Administração (art. 90 da Lei 8.666/93).

Assim, não há relação consuntiva se um crime não for fase normal de preparação ou execução de outro crime, pois a inexistência de unidade de fato conduz ao não reconhecimento de conflito aparente de normas, mas, ao revés, do concurso de crimes em razão da pluralidade de fatos.

Ademais, a fraude licitatória poderia ter ocorrido sem necessariamente as cotações tivessem sido falsificadas. As condutas foram autônomas e independentes, ocorrem em momentos distintos e com dolos específicos. Demais disso, a pena cominada ao crime de falsidade ideológica, apontado como crime-meio, é superior à prevista para o delito de fraude à licitação.

No caso, impõe-se o reconhecimento da autonomia das infrações penais imputadas ao apelante, sendo certo que não há, na hipótese, concurso aparente de normas a ser solucionado pelo princípio da consunção.

2.3 Da Redução da Pena-Base ao Mínimo Legal

Postulam os apelantes Marcel, Franciléia e Franklin pela redução da pena-base ao mínimo legal.

Em relação à dosimetria, eis o que interessa da sentença:

Do réu Franklin Moreira Duarte:

Do Delito do art. 90 da Lei n. 8.666/93

Em observância ao critério trifásico da aplicação de pena, inicio a fixação da reprimenda analisando as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do Código Penal, considerando: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu relativamente ao delito de fraude a licitação é elevado, tendo em vista a importância da concorrência pública e igualdade para fins de atingimento da eficiência administrativa; b) os antecedentes são favoráveis, conforme Certidão Circunstanciada Criminal; c) pouco se apurou acerca de sua conduta social; d) o mesmo se diga quanto a personalidade do agente; e) os motivos do crime são normais para espécie; f) as circunstâncias do crime

são normais para a espécie; g) as consequências foram relevantes, eis que contribuiu para o descrédito do Poder Público perante a sociedade; h) a conduta da vítima não contribuiu para a prática delitiva

Diante de tais elementos, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção. No que tange à pena de multa, fixo em 12 (dez) dias-multas

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Não verifico a ocorrência de causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas nessa fase.

Conforme fundamentado acima, aos crimes praticados pelo réu é aplicável a regra constituído pelo artigo 71 do Código Penal, vez que, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes que pelas circunstâncias devem ser havidos por continuação um do outro, assim, aplico apenas uma das penas privativas de liberdade, haja vista que idênticas, aumentada da fração ideal de 1/6 (um sexto), tornando a pena provisória em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e 14 (quatorze) dias-multa, que torno em definitiva por entender que a pena ora aplicada é suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

Do Delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67

Em observância ao critério trifásico da aplicação de pena, início a fixação da reprimenda analisando as circunstâncias judiciais previstas no Art.59 do Código Penal, considerando a) a culpabilidade encontra-se no grau elevado relativamente ao crime de desvio de verba pública tendo em vista a importância do serviço público para o município; b) os antecedentes são favoráveis, conforme Certidão Circunstanciada Criminal; c) pouco se apurou acerca de sua conduta social; d) c mesmo se diga quanto a personalidade do agente e) os motivos do crime são normais para espécie; f) as circunstâncias do crime são normais para a espécie; g) as consequências foram graves, tendo em vista que o dinheiro público desviado compromete o bom funcionamento dos serviços públicos, em prejuízo da população; h) a conduta prática delitiva.

Diante de tais elementos, fixo a pena-base em 02(dois) anos e 06(seis) meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Não verifico a ocorrência de causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas nessa fase.

Em razão do exposto acima, e à mingua de qualquer outra circunstância que influencie na aplicação da pena, torno a pena provisória de 02(dois) anos e 06(seis) meses de reclusão, em definitiva.

Estando presente a regra estatuída no art. 69 do Código Penal, pois constato que o agente atuou com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, mediante ações independentes, com liames subjetivos diversos, fica a ré definitivamente condenada ao cumprimento da pena de 02(dois) anos e 06(seis) meses de reclusão: 02(dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e 14 (quatorze) dias-multa.

Levando-se em conta a capacidade econômica do réu, fixo o valor do dia multa em 1/30do salário-mínimo vigente a época dos fatos, corrigidos monetariamente desde então.

Em razão do montante da pena aplicada ao réu e tendo em vista sua primariedade, fixo o regime aberto, como regime inicial de cumprimento da pena (artigo 33, § 2º, alínea "c" do Código Penal), para ambos os delitos.

Por fim, atenta às diretrizes constantes no artigo 44 e seus parágrafos do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada ao réu por pena restritiva de direito. Tal substituição se justifica por tratar-se de réu primário, sendo que a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime indicam que a mencionada substituição é suficiente.

Da Ré Franciléia Pereira Malta

Do Delito do art. 90 da Lei n. 8.666/93

Em observância ao critério trifásico da aplicação de pena, início a fixação da reprimenda analisando as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do Código Penal, considerando: a) o grau de reprovabilidade da conduta da réu relativamente ao delito de fraude a licitação é elevado, tendo em vista a importância da concorrência pública e igualdade para fins de atingimento da eficiência administrativa; b) os antecedentes são favoráveis, conforme Certidão Circunstanciada Criminal; c) pouco se apurou acerca de sua conduta social; d) o mesmo se diga quanto a personalidade do agente; e) os motivos do crime são normais para espécie; f) as circunstâncias do crime são normais para a espécie; g) as consequências foram relevantes, eis que contribuiu para o descrédito do Poder Público perante a sociedade; h) a conduta da vítima não contribuiu para a prática delitiva

Diante de tais elementos, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção. No que tange a pena de multa, fixo em 12 (dez) dias-multa

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Não verifico a ocorrência de causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas nessa fase.

Conforme fundamentado acima, aos crimes praticados pelo réu é aplicável a regra constituído pelo artigo 71 do Código Penal, vez que, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes que pelas circunstâncias devem ser havidos por continuação um do outro, assim, aplico apenas uma das penas privativas de liberdade, haja vista que idênticas, aumentada da fração ideal de 1/6 (um sexto), tornando a pena provisória em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e 14 (quatorze) dias-multa, que torno em definitiva por entender que a pena ora aplicada é suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

Do Delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67

Em observância ao critério trifásico da aplicação de pena, início a fixação da reprimenda analisando as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do Código Penal, considerando a) a culpabilidade encontra-se no grau elevado relativamente ao crime de desvio de verba pública tendo em vista a importância do serviço público para o município; b) os antecedentes são favoráveis, conforme Certidão Circunstanciada Criminal; c) pouco se apurou acerca de sua conduta social; d) mesmo se diga quanto a personalidade do agente e) os motivos do crime são normais para espécie; f) as circunstâncias do crime são normais para a espécie; g) as consequências foram graves, tendo em vista que o dinheiro público desviado compromete o bom funcionamento dos serviços públicos, em prejuízo da população; h) a conduta delitiva.

Diante de tais elementos, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Não verifico a ocorrência de causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas nessa fase.

Em razão do exposto acima, e à mingua de qualquer outra circunstância que influencie na aplicação da pena, torno a pena provisória de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em definitiva.

Estando presente a regra estatuída no art. 69 do Código Penal, pois constato que o agente atuou com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, mediante ações independentes, com liames subjetivos diversos, fica a ré definitivamente condenada ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão: 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e 14 (quatorze) dias-multa.

Levando-se em conta a capacidade econômica do réu, fixo o valor do dia multa em 1/30do salário-mínimo vigente a época dos fatos, corrigidos monetariamente desde então.

Em razão do montante da pena aplicada ao réu e tenda em vista sua primariedade, fixo o regime aberto, como regime inicial de cumprimento da pena (artigo 33, § 2º, alínea "c" do Código Penal), para ambos os delitos.

Por fim, atenta às diretrizes constantes no artigo 44 e seus parágrafos do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada ao réu por pena restritiva de direito. Tal substituição se justifica por tratar-se de réu primário, sendo que a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime indicam que a mencionada substituição é suficiente.

Do Réu Marcel Antônio Inocêncio:

Do Delito do art. 90 da Lei n. 8.666/93

Em observância ao critério trifásico da aplicação de pena, início a fixação da reprimenda analisando as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do Código Penal, considerando: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu relativamente ao delito de fraude a licitação é elevado, tendo em vista a importância da concorrência pública e igualdade para fins de atingimento da eficiência administrativa; b) os antecedentes são favoráveis, conforme Certidão Circunstanciada Criminal; c) pouco se apurou acerca de sua conduta social; d) o mesmo se diga quanto a personalidade do agente; e) os motivos do crime são normais para espécie; f) as circunstâncias do crime são normais para a espécie; g) as consequências foram relevantes, eis que contribui para o descrédito do Poder Público perante a sociedade; h) a conduta da vítima não contribuiu para a prática delitiva.

Diante de tais elementos, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção. No que tange à pena de multa, fixo em 12 (dez) dias-multa

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Não verifico a ocorrência de causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas nessa fase.

Conforme fundamentado acima, aos crimes praticados pelo réu é aplicável a regra constituído pelo artigo 71 do Código Penal, vez que, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes que pelas circunstâncias devem ser havidos por continuação um

do outro, assim, aplico apenas uma das penas privativas de liberdade, haja vista que idênticas, aumentada da fração ideal de 1/6 (um sexto), tornando a pena provisória em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e 14 (quatorze) dias-multa, que torno em definitiva por entender que a pena ora aplicada é suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

Do Delito do art. 299 do Código Penal

Em observância ao critério trifásico da aplicação de pena, início a fixação da reprimenda analisando as circunstâncias judiciais previstas no Art.59 do Código Penal, considerando: a) a culpabilidade encontra-se no grau máximo, pois tinha consciência da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, por isso deveria agir de forma diversa; b) os antecedentes são favoráveis, conforme Certidão Circunstanciada Criminal; c) pouco se apurou acerca de sua conduta social; d) o mesmo se diga quanto a personalidade do agente; e) os motivos do crime são normais para espécie; f) as circunstâncias do crime são normais para a espécie; g) as consequências foram relevantes, eis que contribui para o descrédito do Poder Público perante a sociedade; h) a conduta da vítima não contribuiu para a prática delitiva

Diante de tais elementos, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão. No que tange à pena de multa, fixo em 12 (doze) dias-multa.

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Não verifico a ocorrência de causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas nessa fase.

Em razão do exposto acima, e à mingua de qualquer outra circunstância que influencie na aplicação da pena, torno a pena provisória de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multas, em definitiva.

Estando presente a regra estatuída no art. 69 do Código Penal, pois constato que o agente atuou com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, mediante ações independentes, com liames subjetivos diversos, fica a ré definitivamente condenada ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão; 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Levando-se em conta a capacidade econômica do réu, fixo o valor do dia multa em 1/30do salário-mínimo vigente a época dos fatos, corrigidos monetariamente desde então.

Em razão do montante da pena aplicada ao réu e tenda em vista sua primariedade, fixo o regime aberto, como regime inicial de cumprimento da pena (artigo 33, §2º, alínea "c" do Código Penal), para ambos os delitos.

Por fim, atenta às diretrizes constantes no artigo 44 e seus parágrafos do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada ao réu por pena restritiva de direito. Tal substituição se justifica por tratar-se de réu primário, sendo que a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime indicam que a mencionada substituição é suficiente.

Pois bem. Como cediço, o Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena, cabe ao juiz, com certa discricionariedade, pois mais próximo dos fatos e das provas, fixar as penas, de modo que o Tribunal somente poderá modificá-la se flagrantemente desproporcional e arbitrária.

Na hipótese, após ter sido valorada como desfavorável parte das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, o juiz sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, isto é, 2 anos e 6 meses de detenção para o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93; 2 anos e 6 meses de reclusão para o crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 e 1 ano e 6 meses para crime previsto no art. 299 do CP.

Assim, a exasperação da pena-base em apenas 6 meses para todos os delitos não pode ser tido como desproporcional, mormente diante da existência das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ademais, basta uma única circunstância não ser favorável para que a pena-base não mais fique no patamar mínimo (STF: HC 76.196/GO).

A meu ver, o afastamento das penas-base do mínimo legal ocorreu dentro de um critério de razoabilidade e proporcionalidade tolerável, daí porque não merece reparo algum.

Na segunda fase, diante da ausência de confissão ou qualquer outra circunstância atenuante e agravante, a pena foi mantida.

Na sequência, o magistrado reconheceu a continuidade delitiva - em relação ao delito previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93 - prevista no art. 71 do Código Penal, que disciplina:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Colhe-se da doutrina o seguinte ensinamento:

A pluralidade de condutas e a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie são ainda requisitos insuficientes para confirmar a presença da hipótese legal do crime continuado. É imprescindível que, aos dois elementos precedentes, se acrescente a realidade de um nexo de continuidade que pode ser aferido pelas condições de tempo, de lugar, de maneira de execução e de outras semelhantes. A confirmação de que tais condições se fizeram presentes, permite a conclusão da realidade do nexo de continuidade, ou dito de forma diversa, que as ações ou omissões criminosas devem ser havidas como subsequentes da primeira ação ou omissão empreendida. (Alberto Silva Franco. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Código Penal e sua interpretação - doutrina e jurisprudência, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 397).

Na hipótese, considerando que os requisitos previstos no art. 71 do CP foram satisfeitos em relação ao delito previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93, pois, mediante mais de uma ação, os apelantes praticaram dois crimes que pelas circunstâncias foi reconhecido ser havidos por continuação um do outro, daí porque correta a incidência da continuidade delitiva.

De fato, considerando que os apelantes, mediante mais de uma ação praticaram dois crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem o subsequente ser havido como continuação do primeiro, correto magistrado ao reconhecer a continuidade delitiva.

Ademais, em razão do reconhecimento da continuidade delitiva, foi aplicada a pena das penas privativas de liberdade, já que idênticas, aumentada da fração no mínimo legal, qual seja, 1/6, tornando definitiva a pena em 2 anos e 11 meses de detenção e 14 dias-multas.

Assim, como se pode observar, a dosimetria da pena apresenta-se devidamente fundamentada, devendo ser mantida na forma lançada pelo juiz *a quo*, porquanto não há que se falar em desproporcionalidade ou ilegalidade.

2.4 Da Redução da Prestação Pecuniária

Os apelantes Franciléia e Franklin postularam pela redução do valor da pena de prestação pecuniária. As penas restritivas de direitos estão elencadas no art. 43 do CP, a seguir transcrito:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Sobre a prestação pecuniária, o juiz não poderá fixá-la em valor inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos, nos termos do que dispõe o art. 45, §1º, do CP.

Na hipótese, o juiz *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade (reclusão e no de detenção) por duas restritivas de direito consistentes em prestação de serviço à comunidade e pagamento de prestação pecuniária correspondente a 5 salários mínimos.

Analisando os autos, não vislumbro elementos que levem à conclusão de que os apelantes não tenham condição socioeconômica de arcar com a prestação pecuniária imposta, ou seja, que não podem suportá-la sem prejuízo da manutenção própria e de sua família.

Por outro lado, a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária se apresenta devidamente adequada aos parâmetros do art. 45, §1º, do CP, devendo ser mantida na forma como lançada pelo juiz *a quo*, porquanto não há que se falar em desproporcionalidade ou qualquer ilegalidade a ser reconhecida em sede de apelação.

Registro, por fim, que há a possibilidade de o juiz da execução adequar as condições para o adimplemento sem, contudo, isentar ou reduzir a pena imposta.

Sob esses fundamentos, a sentença condenatória deve ser mantida.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DESEMBARGADOR HIRAM SOUZA MARQUES

Acompanho o relator.

DESEMBARGADOR GLODNER LUIZ PAULETTO

Acompanho o relator.

EMENTA

Apelação criminal. Atipicidade da conduta. Fraude à licitação. Falsidade ideológica. Desvio de verba pública. Comprovação do dolo e especial fim de agir. Danos ao erário. Materialidade. Autoria. Comprovação. Absolvição. Impossibilidade. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Pluralidade de fatos. Concurso de crimes. Violação de normas distintas e autônomas. Aplicação dos dois tipos. Dosimetria da pena. Desproporcionalidade. Arbitrariedade. Não ocorrência. Sentença mantida.

1. A preliminar de atipicidade da conduta/ausência de justa causa para condenação, sob a alegação de que o agente não participou da elaboração/execução dos procedimentos licitatórios confunde-se com o próprio mérito e com ele deve ser analisada.

2. Na hipótese, o apelante Geraldo (ex-prefeito de Rio Crespo) e o apelante Marcel (Diretor de Patrimônio e Almoxarifado, membro de Comissão de Licitação e, por último, Secretário de Administração) procederam a dispensa de licitação relativamente à contratação de serviços de assessoria em licitação pelos Processos Administrativos n. 1002/2010 e 30/2011 que, individualmente, não superam o limite de dispensa previsto no art. 24, II, da Lei n. 8666/93, mas que no conjunto superam àquele limite, de forma que se está diante de fracionamento de despesas com vistas a obter dispensa indevida de licitação.

3. Comete crime de falsidade ideológica o agente que, com o fim de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, insere informações falsas em documentos de natureza pública.

4. Não há relação consuntiva se um crime não é fase normal de preparação ou execução de outro crime, pois a inexistência de unidade de fato conduz ao não reconhecimento de conflito aparente de normas, mas, ao revés, do concurso de crimes em razão da pluralidade de fatos.

5. *In casu*, também está comprovado o dolo específico dos agentes, visto que o apelante Geraldo desviou em proveito dos apelantes Franklin e Franciléia verbas públicas ao efetuar pagamento supostamente destinados a arcar com custos

de assessoria em licitação sem que os serviços tivessem sido prestados e sem documentos a respaldar o pagamento da despesa.

6. Presente o dolo específico e existindo danos ao erário, a conduta é penalmente relevante e constitui ilícito penal, sobretudo considerando a comprovação de desvio de verbas públicas.

7. Se o conjunto probatório for seguro a evidenciar que o agente praticou o crime pelo qual foi condenado, a tese defensiva de insuficiência probatória ou atipicidade da conduta torna-se desarrazoada.

8. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena, cabe ao juiz, com certa discricionariedade, pois mais próximo dos fatos e das provas, fixar as penas, de modo que o Tribunal somente poderá modificá-la se flagrantemente desproporcional e arbitrária.

9. Recursos não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Magistrados da **2ª Câmara Especial** do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em, REJEITADA A PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGOU-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS, À UNANIMIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Porto Velho, 14 de Fevereiro de 2023

Desembargador MIGUEL MONICO NETO

RELATOR

Assinado eletronicamente por: MIGUEL MONICO NETO

16/02/2023 12:40:45

MIGUEL MONICO NETO

16/02/2023 12:39:57

<https://pjesg.tjro.jus.br:443/consulta/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento:



2302161240441980000001858

IMPRIMIR

GERAR PDF