



PROCESSO Nº 2013.3.00221-5
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª. CÂMARA CRIMINAL ISOLADA
RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL
COMARCA DE BELÉM (5ª Vara Penal)
APELANTE: SANTO BERTI NETO (ADVOGADO)
FRANCO DI GREGÓRIO (ADVOGADO)
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIA CÉLIA FILOCREÃO GONÇALVES
RELATOR: Des. RONALDO MARQUES VALLE

EMENTA:

APELAÇÃO PENAL. FRAUDE AO CARATER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. PRELIMINARES: 1) NULIDADE DECORRENTE DA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E UTILIZAÇÃO PROVA ILÍCITA. ANÁLISE PREJUDICADA. 2) QUEBRA SIGILO FISCAL. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INEXISTÊNCIA NEXO CAUSAL ENTRE A QUEBRA DO SIGILO E A CONDENAÇÃO. MÉRITO: 1) ATIPICIDADE DA CONDUTA, FORMAL E MATERIAL DO DELITO. INOCORRÊNCIA. 2) DOSIMETRIA. PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA ANÁLISE CORRETA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. INOCORRÊNCIA.

1) Desde o nascedouro da presente Ação Penal, até a efetiva entrega da tutela jurisdicional, a defesa dos ora Apelantes manejam, sem êxito, impugnações ao presente feito. Interpuseram Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.593/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado desprovido em 27/09/2005, no qual o impetrante Santo Berti alegou a falta de fundamentação da decisão que determinou a quebra do seu sigilo telefônico, tendo o STJ considerado que se tratou de decisão fundamentada com apoio na Lei nº 9.296/96 e sem afrontar a Constituição Federal. Melhor sorte não assistiu aos habeas corpus impetrados com o fulcro de trancar a presente Ação Penal, tendo o STJ e o STF, denegado a ordem, respectivamente, nos HC nº 63.886-PA e HC 98.134-PA. Desta forma, tanto o TJE-PA quanto as instâncias superiores já afastaram as teses de inépcia da denúncia e as nulidades que os apelantes insistem em trazer à tona novamente. A quebra de sigilo telefônico exige autorização judicial para tanto, o que efetivamente foi procedido no presente caso, convalidando-se a obtenção das informações supervenientes. Destaco que inquérito policial instaurado para apuração dos fatos objetivava apurar o crime de falsidade ideológica, cuja pena é de reclusão e, portanto, insubsistente a nulidade alegada por violação ao art. 2º, III da Lei nº 9.296/96. Ainda que a análise da nulidade não estivesse prejudicada, forçoso reconhecer que o sigilo telefônico, como sabido, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as comunicações telefônicas são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo telefônico seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

2) A licitude da prova emprestada de outro processo, basta que no processo



origem, de onde foi emprestada a prova, o Juízo autorize a colheita da mesma, e que nos presentes autos se dê oportunidade à Defesa para se manifestar sobre o material juntado, o que foi oportunizado no presente feito. In casu, a condenação pautou-se em outros meios de prova que não a quebra do sigilo fiscal ora impugnado, razão pela qual a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica ao caso em comento, pois a quebra em voga não contaminou o conjunto probatório dos autos, inexistindo nexos causal entre a quebra do sigilo e a condenação;

3) No mérito, tanto o STJ quanto STF já rechaçaram a tese de atipicidade destacando expressamente que: a inicial acusatória descreve, suficientemente, os fatos supostamente ilícitos. Mais: a denúncia foi oferecida de modo a permitir o exercício da ampla defesa. Pelo que não é fruto de um descuido ou de um arbítrio exercício do poder-dever de promover a ação penal pública. E o fato é que ela, peça inicial acusatória, descreve, com base nos elementos delitivos até então conhecidos, um acordo de vontades entre o paciente e o primeiro denunciado, para perpetração da conduta criminosa. (STF, excerto da ementa HC 98.134-PA, relatoria do Ministro Ayres Britto). Os requisitos do art. 41 e 395 do CPP orientam o exame da exordial acusatória e são estabelecidos objetivando resguardar a ampla defesa dos réus, vez que estes devem se defender dos fatos ali narrados. Quanto a ampla defesa de Franco Di Gregório, verifica-se que esta foi exercida em sua plenitude ao longo de toda tramitação processual. A denúncia narrou detalhadamente a conduta criminosa do deste Apelante atribuindo-lhe a responsabilidade de garantir o valor da proposta ofertada por Santo Berti Neto no processo licitatório, sendo visto o apelante falando com este último no momento da abertura das propostas, o que demonstra o intento dos recorrentes em fraudar o caráter licitatório do certame, conduta tipificada no art. 90 da Lei nº 8666/93, razão pela qual improcede a argumentação. Quanto a inexistência de concreta lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 90 da Lei 8666/93, inexistindo o crime em voga, permitindo-se a absolvição do réu nos moldes do art. 386, III do CPP destaco que o STF já decidiu, ao receber a denúncia no INQ 3.108/BA (Min. Dias Toffoli, Dje de 22/03/2012) que o crime acima mencionado é classificado como formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório. Quanto a atipicidade formal, verifica-se que a prova testemunhal comprovou a fraude mediante a participação indireta da empresa de Franco Di Gregório (Supra Terminais) no certame, com o intuito de reduzir os valores das propostas dos outros participantes, o que permitiria a vitória dos réus.

4) Na dosimetria, foram fixadas 4 (quatro) circunstâncias desfavoráveis, aplicando a pena-base em grau médio de 3 (três) anos, considerando a culpabilidade elevada, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. No caso concreto, tem-se que o estabelecimento da pena base acima do seu patamar mínimo foi suficientemente fundamentado, tendo sido declinados elementos aptos ao preenchimento dos parâmetros fixados pelo próprio dispositivo legal não



havendo patente ilegalidade ou violação expressa ao artigo 59 do Código Penal, vez que a utilização da palavra fraudulenta na fixação das circunstâncias do crime não caracteriza o bis in idem, vez que a utilização de declarações falsas, com enfoque no modus operandi do delito está apto a fundamentar a circunstância como desfavorável.

5) Recursos conhecidos e improvidos e, ex officio, procede-se o decote da multa de 3% (três por cento) do valor do contrato celebrado por Santo Berti Neto com a Administração Pública, vez que matéria estranha à ceara penal, devendo ser dirimida na área cível e administrativa.

Vistos etc.

Acordam, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, componentes da Egrégia 2ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, EM CONHECER DOS RECURSOS, AFASTANDO AS PRELIMINARES E NEGANDO-LHES PROVIMENTO, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 01 dias do mês de março de 2016.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelações Criminais interpostas por FRANCO DI GREGÓRIO (fls. 1661-1707) e SANTO BERTI NETO (fls. 1708-1743), contra sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal de Belém, que julgou parcialmente procedente a Ação Penal nº 0018358-89.2004.814.0401 e condenou os recorrentes com fulcro no art. 90, da Lei nº 8666/1993, nas penas de 03 (três) anos de detenção a serem cumpridas em regime aberto, bem como ao pagamento de multa de 3% (três por cento) do valor do contrato celebrado por Santo Berti Neto com a Administração Pública.

Após a oposição de Embargos de Declaração, o MM. Juízo a quo, com fulcro no art. 44 do CP, acolheu o recurso oposto e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistentes na limitação de finais de semana e prestação de serviços à comunidade em local e condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Vara Especializada na Execução das penas e medidas alternativas.

Depreende-se da sentença guerreada que, os Apelantes foram denunciados por suposta infringência aos art. 299 e 304 do CP, c/c art. 90 da Lei nº 8666/1993 e art. 70 do CP. Destaca a exordial acusatória que a ENASA (Empresa de Navegação da Amazônia S/A) promoveu processo licitatório na modalidade Concorrência Pública (Edital nº 001/2004), objetivando vender imóvel localizado à margem Esquerda do Rio Negro com limites na Estrada da Frigomasa, Bairro: Colônia Oliveira Machado, em Manaus, sendo vencedor SANTO BERTI NETO, na condição de pessoa física, após proposta vencedora de R\$ 4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil reais).

A empresa participante do processo licitatório, J. F. Oliveira Navegações, recorreu contra homologação da licitação alegando, em suma, a irregularidade fiscal e a ausência de qualificação técnica e idoneidade



econômica e financeira do vencedor do certame.

Com as investigações, configurou-se que SANTO BERTI NETO fez inserir declarações falsas atinente a sua idoneidade econômico-financeira, com o fim de alterar a verdade sobre o fato juridicamente relevante, para depois usar tal documento no afã de participar do processo licitatório. Configurou-se, ainda, que SANTO BERTI NETO se aliou a FRANCO DI GREGÓRIO para fraudar a licitação realizada pela ENASA para obter para ambos vantagens decorrentes da adjudicação do imóvel objeto da licitação, prejudicando os demais concorrentes.

Sobreveio a sentença na qual o MM. Juízo a quo condenou os Apelantes estritamente nas penas do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que os delitos dos art. 229 e 304 do CP figurarem como crimes meio, aplicando-se ao caso concreto o princípio da consunção.

Nas razões da Apelação Criminal de FRANCO DI GREGÓRIO, a defesa sustenta:

- 1) Preliminarmente, a nulidade do feito pela ilegal quebra de sigilo telefônico de Santo Berti Neto realizado pela autoridade policial, pois obtida por meios ilícitos (a autoridade policial teve acesso as informações de ligações efetuadas pelo número investigado antes de ser deferida a quebra do sigilo telefônico, bem como a quebra de sigilo somente pode ser autorizada na investigação de crimes de reclusão, conforme art. 2º, III da Lei nº 9.296/96), culminando na contaminação de todas as provas produzidas no processo, devendo a sentença ser invalidade, com fulcro na doutrina do fruits of the poisonous tree;
- 2) Nulidade em decorrência da indevida quebra de sigilo fiscal, destacando que a juntada na ação penal de informações fiscais produzidas em outro procedimento sem ter sido precedida da necessária decisão de quebra de sigilo devidamente fundamentada e autorização de empréstimo da prova para estes autos, violando o disposto no art. 5º, LVI da CF/88.
- 3) No mérito, defende a atipicidade da conduta: vez que as condutas descritas na denúncia permite constatar que o apelante praticou atos lícitos, não tendo descrevido a quebra do caráter concorrencial da licitação apto a configurar o delito que lhe foi atribuído, previsto na Lei de licitação, bem como a acusação foi taxativa em afirmar na exordial que o objetivo da eventual fraude não estava claro, caracterizando a inépcia da inicial. Destaca que o contato telefônico mantido entre os réus no momento da abertura das propostas é conclusão derivada de prova obtida ilicitamente e, portanto, imprestável. Afirma, ainda, que o Apelante desconhecia eventual falta de qualificação técnica de Santo Berti Neto para o procedimento licitatório, bem como inexistia provas concretas conluio entre os réus para tentar fraudar ou frustrar o caráter competitivo, sendo vedado fazer ilações fantasiosas neste sentido. Sustenta, que no HC 63.886-PA, que tramitou perante o STJ, o voto-vencido do Ministro Napoleão Maia Filho elucidou bem a atipicidade da conduta do Apelante, votando pelo trancamento da Ação Penal em voga;
- 4) A dosimetria da pena foi equivocada pois a fixação da pena base foi acima do mínimo legal, vez que não obedeceu os ditames do art. 59 do CP, desobedecendo o princípio da individualização da pena, vez que atribuir o excesso à culpabilidade elevada, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima são fundamentos inidôneos, não demonstrando



concretamente a presença das circunstâncias judiciais.

Nas razões da Apelação Criminal de SANTO BERTI NETO, a defesa aduz que:

1) Preliminarmente, a nulidade decorrente da utilização de prova ilícita no processo, em violação ao direito de sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF/88), alegando que a quebra de sigilo somente pode ser autorizada na investigação de crimes de reclusão, conforme art. 2º, III da Lei nº 9.296/96, concluindo pela contaminação de todas as provas produzidas no processo, devendo a sentença ser invalidada, rechaçando-se a tese utilizada na sentença acerca da utilização do princípio da proporcionalidade para legitimar a utilização de provas ilícitas.

2) No mérito, defende a atipicidade formal do delito do art. 90 da Lei nº 8.666/93: na medida em que, nem formal nem materialmente, as condutas do Apelante se inserem nos fatos que lhes foram imputados. Destaca que o fato do acusado participar de uma licitação sem possuir o dinheiro para pagar pelo bem ou sem apresentar idoneidade econômico-financeira não possui nexos com a frustração à competitividade do certame licitatório, que é elemento objetivo do delito, elucidando também o entendimento do Ministro Napoleão Maia, voto-vencido no HC 63.886-PA, que tramitou perante o STJ.

3) A atipicidade material do delito do art. 90 da Lei 8.666/93: vez que não vislumbra concreta lesão ao bem jurídico tutelado por tal tipo penal, pois ausente a fraude à competitividade do certame, tendo sido interposto recurso administrativo por outro participante e, sendo o bem adjudicado por outro participante, inexistindo o crime em voga, permitindo-se a absolvição do réu nos moldes do art. 386, III do CPP;

4) A dosimetria da pena foi equivocada pois a fixação da pena base foi acima do mínimo legal, tendo a magistrado de piso considerado abstratamente desfavorável a culpabilidade do Apelante e as circunstâncias do crime, em desobediência ao art. 59 do CP. Destaca que a fraude está prevista pelo próprio enunciado legal, sendo inadmissível que seja usada como condição para exasperação da pena, sob pena de incorrer em bis in idem. Pleiteou a fixação da pena no mínimo legal: 2 (dois) anos e, conseqüentemente, seja decretada a prescrição do crime e, extinção da punibilidade do agente nos termos do art. 107, IV do CP, comprovando o alegado.

Em contrarrazões, o Parquet requereu a rejeição das preliminares de nulidade suscitadas e a manutenção da sentença em todos os seus termos (fls. 1745-1817).

A Procuradora de Justiça Maria Célia Filocreão Gonçalves, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento dos recursos (fls. 1822-1853).

O feito retornou ao meu gabinete, concluso, em 23/05/2013, oportunidade em que determinei a juntada dos documentos encaminhados pela Secretaria da 5ª Vara Penal de Belém e, após, remessa do feito ao custos legis para manifestação.

Em exercício pela 14ª Procuradoria de Justiça, o Procurador Ricardo Albuquerque da Silva, se manifestou pelo desentranhamento dos documentos de fls. 1856/1865, porque sua juntada foi decorrente de uma espécie de geração espontânea e, após, o processamento da Apelação Criminal.



É o relatório. À Secretaria para incluir o feito em pauta de julgamento.

V O T O

Ab initio e, em tempo, defiro o pedido de desentranhamento de documentos formulado pelo Ministério Público (fl. 1867), vez que eles se referem as informações acerca do cumprimento de carta precatória expedida pelo Juízo Criminal do presente processo sem qualquer repercussão no julgamento do presente feito.

As condições recursais e os pressupostos de admissibilidade foram observados, razão pela qual conheço do presente apelo.

Imperioso ressaltar que, desde o nascedouro da presente Ação Penal, até a efetiva entrega da tutela jurisdicional, a defesa dos ora Apelantes manejam, sem êxito, impugnações ao presente feito, senão vejamos:

O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.593/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado desprovido em 27/09/2005, foi impetrado por Santo Berti Neto, no qual o impetrante alegou a falta de fundamentação da decisão que determinou a quebra do seu sigilo telefônico, tendo o STJ considerado que se tratou de decisão fundamentada com apoio na Lei nº 9.296/96 e sem afrontar a Constituição Federal. Melhor sorte não assistiu aos habeas corpus impetrados com o fulcro de trancar a presente Ação Penal, tendo o STJ e o STF, denegado a ordem, respectivamente, nos HC nº 63.886-PA e HC 98.134-PA.

Feitas estas considerações, passo à análise das alegações deduzidas nos recursos.

1) PRELIMINARES:NULIDADES.

1.1) QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO (FRANCO DI GREGÓRIO)

1.2) UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA (SANTO BERTI NETO)

O Apelante Franco Di Gregório sustenta que o Mandado de Segurança interposto pelo defensor de Santo Berti Neto não discutia as ilegalidades acerca do deferimento da quebra de sigilo telefônico relatadas no Apelo atinente à forma como a autoridade policial colheu as informações sigilosas, mas tão somente cingia-se em alegar a ausência de fundamentação e a possibilidade de produção de outros meios de prova.

Conclui pela necessidade de reconhecimento da ilicitude da prova, vez que o decisum proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.593/PA não repercutiria nas nulidades atacadas pelo Apelo.

Já nas razões de Santo Berti Neto foi suscitada a nulidade decorrente da utilização de prova ilícita no processo, em violação ao direito de sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF/88), alegando que a quebra de sigilo somente pode ser autorizada na investigação de crimes de reclusão, conforme art. 2º, III da Lei nº 9.296/96, concluindo pela contaminação de todas as provas produzidas no processo, devendo a sentença ser invalidada, rechaçando-se a tese utilizada na sentença acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para legitimar a utilização de provas ilícitas.

Entretanto, o voto do relator Ministro Felix Fischer põe uma pá de cal sobre o tema, cuja transcrição segue abaixo:

O presente habeas corpus apresenta três tópicos: a) irregularidades na quebra do sigilo telefônico do paciente; b) vícios na quebra do sigilo fiscal do co-réu do paciente e c) inépcia da denúncia.

Em relação ao primeiro tópico, afirmam os impetrantes que "a prova obtida



é ilícita, já que comprovadamente a Autoridade Policial teve acesso a informações de ligações efetuadas pelo número antes de ser deferida a quebra de sigilo telefônico de Santo Berti Neto, devendo ser desentranhada dos autos e todos os atos dela decorrentes serem declarados nulos, bem como a ação penal trancada, através da concessão da ordem por este Colendo Superior Tribunal de Justiça." (Fl. 15). Aduzem que a "Autoridade Policial tentou de todas as formas obter dados que prejudicassem os Réus, entre eles o ora Paciente. Dois dias depois de tomar conhecimento que a quebra de sigilo telefônico foi suspensa, adotou medidas extremas para prosseguir a sua perseguição sem limites. E o Juízo da ^a Vara Criminal de BelémPA, mesmo tendo ciência desses procedimentos, nada fez para que as garantias e direitos dos Acusados fossem respeitados." (Fls. 1112). Salientam, ainda, que a autoridade policial, mesmo sem saber se o pedido por ela formulado de quebra de sigilo telefônico seria deferido, se reportou à uma decisão em tese prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de BelémAM na qual a medida pleiteada teria sido deferida, o que, segundo afirma, "resta clara e inequívoca a forma ilegal em que foi conduzida a investigação." (Fl. 11).

A respeito das apontadas irregularidades o e. Tribunal a quo assim se manifestou:

"Questionam, os impetrantes, também sobre os procedimentos adotados pela autoridade policial no inquérito instaurado, no que diz respeito à colheita de provas, principalmente sobre a quebra do sigilo telefônico do Senhor Santo Berti Neto, que, a princípio, dizendo eles - impetrantes -, não se deu através de autorização judicial, o que torna a prova ilícita, devendo ser desentranhada dos autos, com a conseqüente declaração de nulidade dos atos dela decorrentes, bem como o trancamento da ação penal. Ora, quanto a essa matéria, denota-se, como muito bem expôs o nobre Procurador de Justiça, que ela já foi objeto de apreciação no mandado de segurança impetrado por Santo Berti Neto, acusadoco-autor, cuja relatoria coube ao Desembargador João José da Silva Maroja e , as Câmaras Criminais Reunidas, acompanhando o voto do digno Relator, por unanimidade de votos, cassando a liminar anteriormente concedida, considerou que a quebra dos dados telefônicos foi válida e em observância às exigências legais." (fl. 628).

A irrisignação, neste ponto, está prejudicada.

Entendo que a questão, ao contrário das teses dos Apelantes, já foi dirimida pelo E. Tribunal de Justiça Estadual, sendo prejudicada a sua análise no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, as instâncias superiores afastaram as teses de inépcia da denúncia e as nulidades que os Apelantes insistem em trazer a tona novamente.

Destaco que a quebra de sigilo telefônico exige autorização judicial para tanto, o que efetivamente foi procedido no presente caso, convalidando-se a obtenção das informações supervenientes. Quanto a alegação atinente a quebra de sigilo somente poder ser autorizada na investigação de crimes de reclusão, pelo simples compulsar dos autos, observa-se que o inquérito policial que deu azo a presente Ação Penal foi instaurado mediante a Portaria de nº 273.2004.000046-8DOA/DIOE, datada de 16 de agosto, objetivando apurar o crime de FALSIDADE IDEOLÓGICA (Pena - reclusão, de



um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e prisão de um a três anos, e multa, se o documento é particular), caindo por terra todas as alegações de nulidades dos apelantes. Ainda que assim não fosse, observo que a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente objetiva coadunar com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a vedação preserva o indivíduo de não ter em seu desfavor provas contaminadas pela ilicitude, proporcionando, assim, a satisfação da referida garantia fundamental.

Entretanto, as regras de hermenêutica jurídica me levam a concluir que a norma inculpada no art. 5º, LVI da CF/88 não possui caráter absoluto, com a possibilidade de incidência do princípio da proporcionalidade, como meio de equilíbrio entre normas aparentemente em conflito.

Apesar de nosso ordenamento jurídico ter adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada em detrimento da valoração das provas ilícitas por derivação, tenho que tal regra não se revestirá completamente de caráter absoluto, onde, dependendo do caso em concreto, deverão ser sopesados os valores/princípios aparentemente em conflito, para que assim se possa abstrair o equilíbrio jurídico buscado pelo Estado Democrático de Direito.

O doutrinador Adalberto José Aranha propõe a consideração da prova ilícita sob o fundamento da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

Por ela, de maneira excepcional e em casos de extrema gravidade, pode-se usar a prova ilícita, tomando-se por base e sopesando-se os valores em contradição e em debate. Tal teoria afirma que a admissão da prova obtida mediante um meio ilícito é em princípio meramente relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária outro princípio ao qual se atribui igual ou maior valor. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.)

No presente caso, os recorrentes pretendem que numa situação de extrema gravidade e interesse público (fraude a processo licitatório), seja desprezada uma prova contundente, com base apenas na ausência de uma formalidade legal, que conforme já destaquei, posteriormente foi proferida a devida autorização judicial para quebra do sigilo telefônico guerreado perante as Câmaras Criminais Reunidas deste E. TJE-PA, restando prejudicada a análise no âmbito do STJ.

Destarte, o sigilo telefônico, como sabido, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as comunicações telefônicas são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo telefônico seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

In casu, notícia os autos que Santo Berti Neto foi denunciado pelo Ministério Público de São Paulo pela prática de crime falimentar, violando o art. 186 da Lei de Falências e, por intermédio de informações obtidas do INFOSEG (Integração Nacional de Informações de Justiça e Segurança Pública, se verificou, ainda, que o referido réu tem inúmeras passagens pela Polícia



Paulistana (fls.109-110).

Concluo que, no aparente conflito entre o direito individual do acusado ao sigilo de suas comunicações e a preservação dos interesses da administração pública, este último, com fulcro no princípio da proporcionalidade, deve prevalecer. E, com a devida autorização judicial da quebra do sigilo telefônico, os acusados foram devidamente citados e intimados para participar de todos os atos do processo, sem qualquer violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório, inexistindo a nulidade alegada.

Ante o exposto, rejeito as preliminares de nulidade de ambos apelantes;

1.3) QUEBRA DE SIGILO FISCAL (FRANCO DI GREGÓRIO)

Sustenta a indevida quebra de sigilo fiscal, destacando que a juntada na ação penal de informações fiscais produzidas em outro procedimento sem ter sido precedida da necessária decisão de quebra de sigilo devidamente fundamentada e autorização de empréstimo da prova para estes autos, violando o disposto no art. 5º, LVI da CF/88.

Entretanto, como bem elucidado pela doutro Procuradora de Justiça: a licitude da prova emprestada de outro processo, basta que no processo origem, de onde foi emprestada a prova, o Juízo autorize a colheita da mesma, e que nos presentes autos se dê oportunidade à Defesa para se manifestar sobre o material juntado, o que foi oportunizado no presente feito. No sentido do aduzido acima, colecionamos a jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONCUSSÃO. EXCESSO DE EXAÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. LICITUDE DA PROVA. AUTORIA. PROVAS. DOLO. PENA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. PENA DE MULTA. REGRAMENTO PELO ART. 49 DO CÓDIGO PENAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. INEXISTE NULIDADE DO PROCESSO POR PROVA ILÍCITA OU CERCEAMENTO DE DEFESA, QUANDO A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, COMO PROVA EMPRESTADA, FOI CABALMENTE AUTORIZADA NO PROCESSO DE ORIGEM E, NESTES AUTOS, FACULTADO À P ARTE AMPLO ACESSO DO MATERIAL, SABENDO-SE SER DESNECESSÁRIA A TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS GRAVAÇÕES. ALÉM DE NÃO SER A PROVA ILÍCITA, A CONDENAÇÃO SE LASTREOU EM OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. (...)APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA E RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO, PARA DECRETAR A PERDA DO CARGO PÚBLICO DO RÉU.

(TJ-DF - APR: 667149420058070001 DF 0066714-94.2005.807.0001, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 09/09/2010, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 05/10/2010, DJ-e Pág. 169).

Conforme se verificará da análise do mérito recursal, a condenação pautou-se em outros meios de prova que não a quebra do sigilo fiscal ora impugnado, razão pela qual a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica ao caso em comento, pois a quebra em voga não contaminou o conjunto probatório dos autos, inexistindo nexos causal entre a quebra do sigilo e a condenação;

2) MÉRITO:

2.1) ATIPICIDADE DA CONDUTA, FORMAL E MATERIAL DO DELITO



(Franco Di Gregório e Santo Berti Neto)

O Apelante Franco Di Gregorio sustenta que as condutas descritas na denúncia permitem constatar que o apelante praticou atos lícitos, não tendo descrito a quebra do caráter concorrencial da licitação apto a configurar o delito que lhe foi atribuído, bem como a acusação foi taxativa em afirmar na exordial que o objetivo da eventual fraude não estava claro, caracterizando a inépcia da inicial.

Destaca que o contato telefônico mantido entre os réus no momento da abertura das propostas é conclusão derivada de prova obtida ilícitamente e, portanto, imprestável. Afirma, ainda, que o Apelante desconhecia eventual falta de qualificação técnica de Santo Berti Neto para o procedimento licitatório, bem como inexistia provas concretas conluio entre os réus para tentar fraudar ou frustrar o caráter competitivo, sendo vedado fazer ilações fantasiosas neste sentido. Sustenta, que no HC 63.886-PA, que tramitou perante o STJ, o voto-vencido do Ministro Napoleão Maia Filho elucidou bem a atipicidade da conduta do Apelante, votando pelo trancamento da Ação Penal em voga.

Inicialmente, destaco que ordenamento pátrio estabelece normas e princípios objetivando garantir a todos a segurança do sistema jurídico. Desta forma, tendo a Corte Superior se manifestado expressamente sobre a irresignação do apelante em sede de habeas corpus, não há como prevalecer entendimento fixado em voto-vencido, conforme pretende o recorrente, Tanto o STJ quanto o STF já rechaçaram a tese destacando expressamente que: a inicial acusatória descreve, suficientemente, os fatos supostamente ilícitos. Mais: a denúncia foi oferecida de modo a permitir o exercício da ampla defesa. Pelo que não é fruto de um descuidado ou de um arbítrio exercício do poder-dever de promover a ação penal pública. E o fato é que ela, peça inicial acusatória, descreve, com base nos elementos delitivos até então conhecidos, um acordo de vontades entre o paciente e o primeiro denunciado, para perpetração da conduta criminosa. (STF, excerto da ementa HC 98.134-PA, relatoria do Ministro Ayres Britto).

Finalizo, quanto ao tema acima, que os requisitos do art. 41 e 395 do CPP orientam o exame da exordial acusatória e são estabelecidos objetivando resguardar a ampla defesa dos réus, vez que estes devem se defender dos fatos ali narrados. Quanto a ampla defesa de Franco Di Gregório, verifica-se que esta foi exercida em sua plenitude ao longo de toda tramitação processual, tendo inclusive o feito sido chamado à ordem com a determinação de citação dos réus para apresentarem Defesa Escrita, nos moldes do art. 396 do CPP, bem como as instâncias Superiores já se manifestaram sobre o tema.

Compulsando os autos, observo que a denúncia narrou detalhadamente a conduta criminosa do Apelante atribuindo-lhe a responsabilidade de garantir o valor da proposta ofertada por Santo Berti Neto no processo licitatório, sendo visto o apelante falando com este último no momento da abertura das propostas, o que demonstra o intento dos recorrentes em fraudar o caráter licitatório do certame, conduta tipificada no art. 90 da Lei nº 8666/93, razão pela qual entendo improcedente a argumentação.

Santo Berti Neto, por sua vez, destaca a inexistência de concreta lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 90 da Lei 8666/93, pois ausente a fraude à



competitividade do certame, tendo sido interposto recurso administrativo por outro participante e, sendo o bem adjudicado por outro participante, inexistindo o crime em voga, permitindo-se a absolvição do réu nos moldes do art. 386, III do CPP.

Entretanto, o STF já decidiu, ao receber a denúncia no INQ 3.108/BA (Min. Dias Toffoli, Dje de 22/03/2012) que o crime acime mencionado é classificado como formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório. Assim, não há falar em atipicidade da conduta atribuída ao acusado, conforme segue:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 90 DA LEI 8.666/1993. FORMAÇÃO DE QUADILHA. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA INICIAL. FALTA DE INDICAÇÃO INDIVIDUALIZADA DAS CONDUCTAS DELITIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIME FORMAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 3. O Plenário desta Corte já decidiu que o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório. 4. (...). 5. Ordem denegada.

(STF - HC: 116680 DF, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014).

Insiste o recorrente, em defender a atipicidade formal do delito em voga, pois as suas condutas não se inserem na descrição abstrata do delito. Destaca que o fato do acusado participar de uma licitação sem possuir o dinheiro para pagar pelo bem ou sem apresentar idoneidade econômico-financeira não possui nexos com a frustração à competitividade do certame licitatório, que é elementar objetiva do delito.

Entretanto, o depoimento da testemunha EDMILSON DE SOUZA CARVALHO é bastante claro em elucidar que, a fraude existente no caso em comento, ocorreu pela participação da empresa de Franco Di Gregório (Supra Terminais) de forma indireta, vez que, ele seria o responsável por garantir o valor da proposta de R\$ 4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil reais) ofertada por Santo Berti, tudo com o intuito de reduzir os valores das propostas dos outros participantes do certame, o que permitiria a vitória dos réus no certame, prejudicando os demais concorrentes, conforme segue:

que trabalha com sistema de regularização de projetos em portos e já prestou serviços para o Sr. Franco e Sr. Oliveira; que na época dos fatos participaria da concorrência para outra empresa; que havia interesse da Empresa de navegação e Transporte Cidade Transporte; que no dia do início da venda dos editais falou com a pessoa que a procurava para participar da



licitação quando soube que participavam uma série de empresa e a empresa Supra Terminais de Franco di Gregório e Passarão estariam presentes; que o comentário vinha das pessoas que comprovam o edital da concorrência Pública; que no momento que entrava o Franco e Passarão deixaram de participar da licitação porque sabiam que não tinham chance; que sabe que quando se entra em uma licitação de leilão se sabe das possibilidades de se ter êxito ou não...

Peço vênia ainda para transcrever excerto da sentença onde se demonstra com clareza solar os fatos apurados nos autos, in verbis:

Os autos revelam que havia forte concorrência comercial na área portuária e de logística entre o acusado Franco Di Gregório e José de Oliveira, o que torna fácil perceber o por que a conduta delitativa dos réus, pois se houvesse uma disputa direta entre Franco Di Gregório e José de Oliveira na licitação o valor da arrematação poderia ser inúmeras vezes superior ao lance dado por Santo Berti neto (R\$ 4.100.000,00), o que mais benéfico à administração pública que pretendia vender o imóvel pelo maior preço possível (hipótese em que não haveria o crime descrito no artigo 90, da Lei n.º: 8.666/1993). Não por outro motivo, os réus utilizaram-se da artimanha apurada nos autos para que Franco Di Gregório arrematasse o bem pelo menor valor possível, já que não apareceria diretamente na disputa com seu concorrente comercial. Acreditavam os réus que a vitória de Santo Berti Neto não atrairia atenção no processo licitatório, porém, o fato de ser pessoa física desprovida de recursos financeiros à altura do valor da licitação, conforme documentado enviados pela Secretaria da Receita Federal às fls. 377/384, dos autos, acabou por despertar a atenção do outro licitante (José de Oliveira) que denunciou o primeiro acusado à polícia.

Ademais, segundo os ganhos declarados à Receita Federal pelo acusado Santo Berti Neto, este não tinha recursos financeiros sequer para fazer frente ao necessário depósito de 5% (cinco por cento) do valor do imóvel, quanto mais para pagar ao final do processo licitatório o valor total de R\$ 4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil reais). O próprio acusado Santo Berti Neto em seu interrogatório admitiu não possuir o valor necessário, alegando que após ganhar a licitação, procuraria um comprador para o bem e com a venda, pagaria o valor da licitação à administração pública. Este acusado, em suas fracas declarações em Juízo, quis que se acreditasse que, coincidentemente o réu Franco Di Gregório seria a pessoa que se interessou pelo bem no tempo hábil do depósito do valor junto a administração pública.

O maior fato impeditivo da participação de Santo Berti Neto no processo licitatório é a falta de condições econômico/financeira para fazer frente ao valor do bem licitado, fato de profundo conhecimento do réu Franco Di Gregório. Obviamente se a licitação trata de venda pelo maior preço de um bem de valor considerável, não há necessidade de constar no edital a exigência de aporte financeiro compatível dos participantes, por ser implícito, próprio da coisa, inseparável. Não faz sentido algum, o licitante sem recurso financeiro suficiente, se inscrever em uma licitação da envergadura da questionada nos autos. Este fato traduz o prévio ajuste de conduta dos réus para que Santo Berti Neto participasse da licitação com o



fiel propósito de aniquilar o caráter competitivo do evento administrativo, já que suas declarações em Juízo revelam que, nos termos da Lei n.º: 8.666/1993, não tinha capacidade financeira combatível com o bem licitado.

Não resta dúvida do prévio acordo entre os acusados, pois a quebra do sigilo telefônico de Santo Berti Neto, revela que os réus mantiveram constantes conversas telefônicas no momento da licitação, o segundo acusado prestou consultoria instantânea ao primeiro acusado no exato momento do desenvolvimento do ato de arrematação, desta forma, Franco Di Gregório, atuou decisivamente para o sucesso da empreitada criminosa.

Devidamente provado nos autos, que Santo Berti objetivava fraudar o caráter competitivo do certame realizado pela ENASA, objetivando o favorecimento de ambos os apelantes com a adjudicação do bem a preço mais baixo do que se Franco Di Gregorio participasse efetivamente da licitação, devendo-se manter a incolumidade da sentença em todos os seus termos.

2.2) DOSIMETRIA DAS PENAS (Franco Di Gregório e Santo Berti Neto)

Ambos os réus insurgem-se contra a fixação da pena base acima do mínimo legal, não analisando corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Entretanto, em ambas dosimetrias foram consideradas:

A culpabilidade elevada, haja vista a alta reprovabilidade social imprimida à conduta perpetrada pelo acusado, por isso a tenho como desfavorável.

O acusado é primário, por isso tenho esta circunstância como favorável.

Nada consta nos autos como sobre a conduta social do acusado por isso as tenho como favorável.

Não há nos autos elemento apto a subsidiar a análise da personalidade do acusado, de modo que considero tal circunstância favorável.

Quanto ao motivo do crime, afigura-se este como intuito de obter vantagem patrimonial, porém, tendo em vista que tal circunstância já se encontra ínsita a valoração do princípio do tipo penal, deixo de considerá-la para dosimetria da pena, desta forma, considero favorável. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, haja vista a forma fraudulenta pela qual agiu o acusado, valendo-se de declarações falsas para ganhar a licitação. Assim, as tenho como desfavorável.

As consequências do crime foram além das próprias do tipo penal, assim, as tenho como desfavorável.

O comportamento da vítima não influenciou na prática do crime, sendo assim uma circunstância desfavorável.

O Magistrado sentenciante entendeu pela aplicação de 4 (quatro) circunstâncias desfavoráveis, aplicando a pena-base em grau médio de 3 (três) anos, considerando a culpabilidade elevada, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. Entretanto, os Apelantes entendem que a fundamentação foi abstrata e com aplicação de bis in idem, razão pela qual entendem fazer jus a fixação da pena no mínimo legal e, conseqüente, decretação da prescrição do crime com a extinção da punibilidade dos agentes.

A culpabilidade dos agentes é o poder agir de outro modo que não o fizeram, sendo amplamente censurável a conduta, tendo a magistrada



concretamente fundamentado a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

Quanto as circunstâncias do crime, estas se tratam de todos os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal, sendo o modus operandi empregado na prática do delito. Quanto ao tema, assim restou fundamentada: são desfavoráveis, haja vista a forma fraudulenta pela qual agiu o acusado, valendo-se de declarações falsas para ganhar a licitação. Assim, as tenho como desfavorável.

Em virtude da utilização da palavra fraudulenta, o Apelante destaca a existência de bis in idem, entretanto, enfatizo que foi considerado a utilização de declarações falsas para obtenção de êxito no certame, portanto, com enfoque no modus operandi utilizado na prática delitiva, apto a caracterizar como desfavorável a circunstância.

No caso concreto, tem-se que o estabelecimento da pena base acima do seu patamar mínimo foi suficientemente fundamentado, tendo sido declinados elementos aptos ao preenchimento dos parâmetros fixados pelo próprio dispositivo legal não havendo patente ilegalidade ou violação expressa ao artigo 59 do Código Penal.

Ante o exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento, nos termos da fundamentação e, ex officio, procede-se o decote da multa de 3% (três por cento) do valor do contrato celebrado por Santo Berti Neto com a Administração Pública, vez que matéria estranha à ceara penal, devendo ser dirimida na área cível e administrativa.

É o meu voto.

Belém (PA), 01 de março de 2016.

Des. RONALDO MARQUES VALLE
Relator