



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete do Des. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001146-72.2013.815.0731 – 1ª Vara Mista da Comarca de Cabedelo

RELATOR : O Exmo. Dr. Carlos Eduardo Leite Lisboa (Juiz de Direito convocado para substituir o Exmo. Des. Arnóbio Alves Teodósio)

APELANTE : José Francisco Régis

ADVOGADO : Fabíola Marques Monteiro

APELADO : Justiça Pública Estadual

APELAÇÃO CRIMINAL. Crimes de responsabilidade e licitatórios, em continuidade delitiva. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, e art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 71, do Código Penal (5 ações). Condenação. Irresignação defensiva. Pareceres do Tribunal de Contas pendentes reanálise administrativa. Eivados de nulidades. Precipitação da sentença em meio a mutirão judiciário ad Meta 4 CNJ. Pressa no julgamento não vislumbrado. Processo que respeito em sua plenitude o contraditório e ampla defesa irrestrita das partes envolvidas. Respeito à independência das esferas administrativa, cível e criminal. Compras com ou sem licitação precedidas do preenchimento dos requisitos legais inerentes a cada espécie. Isenção de fiscalização posterior. Obrigação dos órgãos emissores das certidões negativas que habilitavam as empresas contratadas. Inocorrência. Compras de mobiliário efetivadas e pagas em descompasso com as mercadorias entregues. Empresa contratada que não tinha aporte para a operação licitada. Contratação de “empresa fantasma” e de empresa que sequer tinha

maquinário ou capacidade para o desempenho dos serviços licitados. Levantamentos que demonstrar a ilegalidade das operações efetuadas. Escusas do alcaide insuficientes. Contratações sem licitação que não lesaram os cofres públicos. Isenção do delito. Inexistência do dolo específico. Argumentos insuficientes para afastar os crimes. Contratos expirados e prolongados ilegalmente. Pagamento de empenhos a não licitados através de empenhos não detalhados ou em discrepância com detalhamento posterior. Prejuízo real ao erário. Reparos na sentença. Dosimetria da pena. Afastamento da agravante do art. 61, inciso II, alínea "g", do CP. Possibilidade. Correção devida. **Parcial provimento do apelo.**

– O argumento de sentença precipitada por mutirão da Meta 4, do CNJ, é completamente impertinente, uma vez que, apesar de toda a celeridade implícita no fato, o que apenas se traduz em benesse às partes envolvidas, o feito foi julgado pelo Magistrado de piso após esgotado toda a instrução criminal da ação penal posta em Juízo, na qual foi exercido de forma irrestrita a ampla defesa e o contraditório, não merecendo, pois, qualquer reparo nesse sentido.

– Ressalte-se que há total independência das esferas administrativa, cível e criminal, não cabendo grandes debates acerca deste tema, mas pontuo, tão somente, que as exceções são inerentes às absolvições na esfera penal, por inexistência de fato ou negativa de autoria, terão repercussão nas demais, e não o contrário.

– Afirmar que desconhecia a situação real da empresa, ante o preenchimento de todos os requisitos inerentes ao processo licitatório, uma vez que apresentou as certidões necessária para habilitação no certame, não lhe cabendo maiores fiscalizações, senão aos órgãos emissores – Receita Federal, Fisco Estadual, Fisco Municipal e FGTS – é escusa insuficiente ao fato claramente constatado da vasta investigação realizada e da discrepância de altíssimo valor, dispensado por notas de empenho, em mobiliário que nunca foi efetivamente entregue, pois é responsabilidade do Gestor do Município fiscalizar para onde vai o dinheiro empregado em benefício da edilidade.

- Conforme levantamento dos autos, resta demonstrado, que o Município pagou empenhos para uma empresa "fantasma", ou seja, que só existia no papel, e outra incapaz de desempenhar contraprestações aos bens e serviços pelos quais foi contratada e devidamente paga, sendo inconcebível que tenha firmado relações com ambas, sem os cuidados necessários inerentes ao fato. Nesse sentido, importa frisar, que a alegação de que as empresas estariam, ao se habilitarem para os certames licitatórios, com todas as certidões negativas e documentações necessárias perfectibilizadas, não lhe cabendo fiscalizações, deve ser afastada, na medida em que, pagos os empenhos necessários pelo alcaide contratante, por aquisições de materiais e prestações de serviços, mas não se vislumbrando a contraprestação devida, despertar-se-ia o interesse do Município, no mínimo, de denunciar tal falta dos contratados, o que, não o fazendo, demonstra a existência inequívoca do crime espelhado na denúncia.

- Ao dispensar as formalidades licitatórias inerentes à espécie contratada, prorrogando relações jurídicas indevidamente e empenhando valores acima do que seria legalmente previsto, conforme provas que não estão sendo contestadas, o apelante estará, incontestavelmente, demonstrando o dolo específico no ato, uma vez, que, mesmo que, supostamente, tenha atingido a finalidade buscada, seu percurso de ação foi legalmente intangível e, por ser acima do custo permitido em Lei, ainda trouxe prejuízo real ao erário.

- De fato, os crimes pelos quais o réu foi condenado, aqueles cujas práticas atentam contra a administração pública e ao erário, já implicam em abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, conforme descreve a circunstância judicial que o Magistrado de piso usou para aumentar o valor da pena-base imposta. Logo, deve-se afastar a agravante do art. 61, inciso II, alínea "g", do CP, corrigindo a pena onde couber.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

Acorda a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, **CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AO APELO**, em harmonia com o parecer ministerial.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Criminal, à fl. 894, do réu José Francisco Régis, irresignado com a sentença de fls. 879/891, que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o réu José Francisco Régis, nas iras do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, e art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 71, do Código Penal (5 ações), a uma pena total de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão; e 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de detenção, a ser cumprida regime inicial semiaberto, concedendo-lhe o direito ao trabalho externo, se devidamente comprovado, e 200 (duzentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo (1/30) do salário-mínimo vigente à época do crime.

Razões do apelo, nas fls. 900/928.

Inicialmente, o recorrente fala que os pareceres do Tribunal de Contas, já reanalisados em grau de recurso na seara administrativa, restariam eivados de nulidades, que conclamavam a necessidade de apreciação pelo Poder Judiciário, sob pena de causar danos irreparáveis, os quais já teriam sido apreciados na esfera cível, com ação tramitando na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa, tendo sido a análise penal precipitada, em meio ao mutirão de julgamentos da Meta 4, do Conselho Nacional de Justiça.

O apelante aduz que todos os requisitos inerentes à licitação realizada, conforme a Lei nº 8.666/93 e o contrato firmado com a empresa SMC Albuquerque, ocorreram no estrito cumprimento da Lei vigente, uma vez que a citada empresa apresentou todos os documentos e certidões, emitidas e aferidas por órgãos oficiais municipais, estaduais e federais, habilitando-se ao certame, não sendo de responsabilidade do gestor a fiscalização de tais itens.

Alega, ademais, que o descompasso entre os itens adquiridos com a mencionada empresa e aqueles que, supostamente, foram entregues, num valor total de R\$ 441.970,97 (quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e setenta reais e noventa e sete centavos), foi aferido sem que fosse efetuada diligência, *in loco*, no almoxarifado da Prefeitura de Cabedelo, o que comprovaria que tudo foi entregue.

Igual postura é adotada, em detrimento às contratações das empresas América Construções e Serviços Ltda. e a Tropical Comércio e Serviços Ltda., esta última apontada como empresa fantasma, por meio de investigações da Polícia Federal, as quais também preencheram os requisitos de Lei e se habilitaram aos seus certames, com documentos oficiais, não sendo de sua responsabilidade fiscalizá-las se existiriam fisicamente.

Destaca, nesse ponto: *"que o próprio Tribunal de Contas Estadual entendeu que a inidoneidade superveniente das empresas não era suficiente para a imputação de débito, mormente tenha havido a efetiva comprovação de prestação do serviço."*

No que se refere às contratações sem licitação, o apelante enfatiza que, inexistem provas do dolo específico em lesar os cofres públicos, já que os produtos e/ou serviços teriam sido efetivamente prestados, sem qualquer desvio de recursos ou prejuízos ao erário.

Por tais razões, pede absolvição.

Lado outro, aponta, subsidiariamente, reparos na sentença, acaso não prospere seu pleito absolutório, no que tange à aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, uma vez que esta integra o próprio tipo penal pelo qual foi condenado.

Contrarrazões do Ministério Público, às fls., nas quais a acusação roga que seja dado parcial provimento ao recurso apelatório, tão somente para retirar a aplicação da agravante do art. 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, mantendo a sentença em todos os seus demais fundamentos.

Nesta 2ª Instância, o representante ministerial, o Exmo. Procurador de Justiça, José Roseno Neto, em parecer de fls., opinou pelo provimento parcial do apelo, para afastar o art. 61, II, "g", do CP.

É o relatório.

VOTO: O Exmo. Dr. Carlos Eduardo Leite Lisboa
(Relator)

Conheço do apelo, porquanto tempestivo, cabível e adequado. Ausentes prejudiciais e/ou preliminares, passa à análise do mérito.

O réu José Francisco Régis, condenado nas iras do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, e art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 71, do Código Penal (5 ações), aduz, inicialmente, que os pareceres do Tribunal de Contas, reanalisado na seara administrativa, ainda restariam eivados de nulidades, que merecem atenção do Poder Judiciário, sob pena de lhes causar danos irreparáveis, tendo sido precipitada a análise penal, em meio ao mutirão de julgamentos da Meta 4, do CNJ.

São eles, in verbis:

"Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, 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 dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.” (Decreto-Lei nº 201/67)

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.” (Lei nº 8.666/93)

O apelante aduz, em síntese, que as contratações havidas com e sem licitação, precederam os requisitos legais inerentes a cada umas das espécies, conforme a Lei nº 8.666/93, uma vez que os contratados apresentaram todas as certidões negativas necessárias (municipais, estaduais e federais, bem como aquelas ligadas ao FGTS) para os estabelecimentos das relações contratuais havidas, não sendo, pois, responsável por fiscalizá-las quando em mora com os órgãos que as emitiram, bem como se existem fisicamente.

Afirma que o descompasso entre os itens adquiridos com a empresa SMC Albuquerque e aqueles que, supostamente, foram entregues, num valor total de R\$ 441.970,97 (quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e setenta reais e noventa e sete centavos), foi aferido sem que fosse efetuada diligência, *in loco*, no almoxarifado da Prefeitura de Cabedelo, o que comprovaria que tudo foi entregue.

Já, no tocante ao que se refere as contratações sem licitação das empresas Comercial Ferreira Ltda, Edcol Construções Ltda, Euller Serviços Eulajose Lordfio Rocha, Realce Presentes e Construtor Comércio de Materiais de Construção Ltda, inexistem provas do dolo específico em lesar os cofres públicos, já que os produtos e/ou serviços teriam sido efetivamente prestados, sem qualquer desvio de recursos ou prejuízos ao erário.

Por tais razões, pede absolvição.

Lado outro, requer, subsidiariamente, reparos na sentença, quanto à aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, uma vez que esta integra o próprio tipo penal, ocasionando *bis in idem*.

Primeiro, o argumento de sentença precipitada por mutirão da Meta 4, do CNJ, é completamente impertinente, uma vez que, apesar de toda a celeridade implícita no fato, o que apenas se traduz em

benesse às partes envolvidas, o feito foi julgado pelo Magistrado de piso após esgotado toda a instrução criminal da ação penal posta em Juízo, na qual foi exercido de forma irrestrita a ampla defesa e o contraditório, não merecendo, pois, qualquer reparo nesse sentido.

Ademais disso, há total independência das esferas administrativa, cível e criminal, não cabendo grandes debates acerca deste tema, mas pontuo, tão somente, que as exceções são inerentes às absolvições na esfera penal, por inexistência de fato ou negativa de autoria, terão repercussão nas demais, e não o contrário.

Assim, a presente demanda não depende do que se julgue com relação a existência da dívida e sua respectiva execução na seara cível, como pretende indicar o ora apelante.

Vejamos, então, a denúncia (fls. 02/10):

"Consta das peças de base que JOSÉ FRANCISCO RÉGIS, na qualidade de Prefeito Constitucional do Município de Cabedelo-PB, agindo com dolo, durante o exercício administrativo-financeiro de 2008, mediante condutas continuadas, desviou rendas públicas em proveito alheio, ao ordenar e efetuar despesas com fictícias aquisições de bens, nos montantes - em valores monetários da época - de R\$ 441.970,97 (quatrocentos e quarenta e um mil novecentos e setenta reais e noventa e sete centavos), em favor da empresa SMC Albuquerque; R\$ 123.170,08 (cento e vinte e três mil, cento e setenta reais e oito centavos), em favor de Tropical Com. e Serv. Ltda; e R\$ 47.070,09 (quarenta e sete mil e setenta reais e nove centavos), em benefício de América Construções e Serviços Ltda.

Consta, outrossim, que, ao longo do mesmo período anual (2008), o ora Denunciado, na condição de Prefeito Municipal de Cabedelo-PB, dispensou licitação fora das hipóteses previstas em lei e deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa, ao contratar diretamente, isto é, sem o devido procedimento licitatório legal, a compra de bens às seguintes empresas: Comercial Ferreira Ltda., importando em R\$ 30.381,00; Edcol Construções Ltda., no valor de R\$ 18.274,851 Euller Serviços, no montante de R\$ 17.240,00; Gnatus Equipamento Médico-Odontológico Ltda., na cifra de R\$ 18.560,00; Goloni Mobiliário Urbano Ltda., no importe de R\$ 42.000,00; JTP Publicidade e Promoções Ltda., no valor de R\$ 43.086,13; Constrular Comércio de Materiais de Construção i Ltda., no montante de R\$ 77.406,09; Fênix Distribuidora de Produtos em Geral Ltda., na importância de R\$ 26.813,68; Skalamedh Produtos Médicos Hospitalares, no valor de R\$ 33.800,00; Realce Presentes Maria Suely Queirós da Nóbrega, pelo importe de R\$ 17.495,11; e VR Distribuidora de Material de

Limpeza Ltda., pela cifra de R\$ 70.395,79.

Consta, ainda; que o Prefeito denunciado, durante o exercício de 2008, efetuou despesas não autorizadas por lei e em desacordo com as normas financeiras pertinentes, alcançando-se o montante, em valores da época, de R\$ 803.381,57 (oitocentos e três mil, trezentos e oitenta e um reais e cinquenta e sete centavos)."

Quanto a discrepância dos pagamentos efetuados à empresa SMC Albuquerque, no qual a Prefeitura de Cabedelo, sob o comando o ora recorrente, lançou mão de ordens de pagamento, no valor total de R\$ 995.204,20 (novecentos e noventa e cinco mil, duzentos e quatro reais e vinte centavos), para a compra de bens destinados à Secretaria de Educação do Município, restou constatado pela auditoria do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, após extensa investigação, confrontando as notas de empenho de nº 14012, 14600, 14601, 14681 e 14682, com as quantidades constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa contratada e as quantidades de entradas registradas nos controles da Secretaria de Educação, uma comprovada discrepância de R\$ 441.970,97 (quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e setenta reais e noventa e sete centavos).

Não fosse só isso, levantamentos do Fisco do Estado da Paraíba, registraram que a referida empresa não tinha volume de operações de vendas compatíveis com tudo declarado em notas fiscais a edilidade adquirente, restando claro que tais documentos não traduziam a realidade dos fatos, portanto, encobriam ato ilegal para captação de dinheiro do erário municipal.

Afirmar que desconhecia a situação real da empresa, ante o preenchimento de todos os requisitos inerentes ao processo licitatória, uma vez que apresentou as certidões necessária para habilitação no certame, não lhe cabendo maiores fiscalização, senão aos órgãos emissores – Receita Federal, Fisco Estadual, Fisco Municipal e FGTS – é escusa insuficiente ao fato claramente constatado da vasta investigação realizada e da discrepância de altíssimo valor, dispensado por notas de empenho, em mobiliário que nunca foi efetivamente entregue, pois é responsabilidade do Gestor do Município fiscalizar para onde vai o dinheiro empregado em benefício da edilidade.

Como bem destaca a sentença, e de fato são elementos apresentados nestes autos (ver fl. 882):

"...a vasta documentação de fls. 352/683, não traz prova inequívoca do recebimento integral dos bens adquiridos na Secretaria de Educação do Município, principalmente em relação aos mobiliários, uma vez que alguns dos recibos descrevem os bens tais como no relatório do Pregão nº 93/2008 (fls. 330/335), ao passo que em outros recibos não se descrevem precisamente o tipo de mobiliário entregue nas escolas e creches do Município,

além de constar documentos ilegíveis.

Ademais, o Laudo Pericial Contábil de lis. 737/752, confeccionado na Ação Civil Pública nº 0006769-25.2010.815.0731, julgada procedente e em grau de recurso, acostado aos autos pelo próprio Réu, demonstra-se a veracidade da imputação aqui debatida.

Transcrevo, a seguir, alguns excertos exarados pelo Perito Judicial:

*"Tomando por base as Nfs emitidas pelas empresas SMC Albuquerque e demais empresas (DMS, GERART e MAKEL), referente à aquisição de "mobiliários", realizada pelo Município de Cabedelo, frente à documentação de entrada de mercadorias no almoxarifado da Prefeitura Municipal de Cabedelo no período de 2008, pode-se concluir através de apuração realizada nos itens adquiridos, **que não foram integralmente entregues no almoxarifado e/ou secretarias as Nfs supostamente pagas pela Prefeitura no valor de R\$ 271.467,77**" (fl. 749, grifos nossos).*

*"Em relação aos móveis e utensílios de cozinha (.) **apresentou uma diferença nas Nfs emitidas pelos fornecedores e a documentação de entrega no montante de R\$ 271.467,77 (...)** gerando, assim, um prejuízo ao erário (fl. 742, grifos nossos).*

"Isto posto, o Perito Judicial, sem adentrar na questão do mérito da veracidade das Nfs e recibos apresentados às fls. 641/1588, bem como das comprovações de entregas dos fardamentos, mobiliários e utensílios de cozinha, conforme respectivos docs. 03, fls. 196/270; 04, fls. 271/327; e 05, fls. 328/456, opinar que deva prevalecer um saldo devedor do Réu, baseado na apuração da Perícia e da Auditoria (...) no total geral de R\$ 474.242,14" (fl. 751, grifos nossos).

Dito isto, a denúncia merece ser acolhida neste ponto, pois comprovada a materialidade delitiva e, quanto à autoria, não se pode dissociá-la da pessoa do Acusado, como gestor e ordenador de despesas do Município."

Grifos do texto original

O apelante impinge iguais argumentos, no tocante as relações da Prefeitura estabelecidas com as empresas Tropical Comércio e Serviços Ltda. e América Construções e Serviços Ltda. sendo sabido que, com a primeira, conforme levantamentos dos autos, o recorrente ordenou pagamentos no valor de R\$ 123.170,08 (cento e vinte e três mil, cento e setenta reais e oito centavos), dos quais R\$ 26.950,00 (vinte e seis mil, novecentos e cinquenta reais), pelas aquisições, em tese, de colchões (Nota de Empenho nº 991, Nota Fiscal nº 83) e R\$ 96.220,08 (noventa e seis mil, duzentos e vinte reais e oito centavos), por prestação de serviços de limpeza, capinação, podas de árvores, manutenção geral e desobstrução da rede hidráulica e esgotamento de fossas das escolas do Município, bem com a dispensa de pagamento de R\$ 47.070,09 (quarenta e sete mil, setenta reais e nove centavos), para a segunda, para adquirir materiais elétricos.

Em suma, a Tropical Comércio e Serviços Ltda. não existe no endereço informado, no qual se localiza uma Igreja, bem como não desempenha nenhuma das atividades pelas quais foi paga (prestação de serviços de limpeza, capinação, podas de árvores, manutenção geral e desobstrução da rede hidráulica e esgotamento de fossas das escolas do Município), conforme informações do Fisco do Estado da Paraíba, não tendo ela declarado as notas fiscais que emitia em favor da edilidade.

Já com relação a América Construções e Serviços Ltda., restaria esta indiciada pelo Ministério Público Federal, após investigação da Polícia Federal, conforme processo junto a 6ª Vara Federal de João Pessoa/PB, porque não teria capacidade de desempenhar os serviços a que se propõe, sequer tendo máquinas ou mesmo funcionários.

Restando demonstrado, portando, que o Município pagou empenhos para uma empresa "fantasma", ou seja, que só existia no papel, e outra incapaz de desempenhar contraprestações aos bens e serviços pelos quais foi contratada e devidamente paga, sendo inconcebível que tenha firmado relações com ambas, sem os cuidados necessários inerentes ao fato.

Nesse sentido, importa frisar, que a alegação de que as empresas estariam, ao se habilitarem para os certames licitatórios, com todas as certidões negativas e documentações necessárias perfectibilizadas, não lhe cabendo fiscalizações, deve ser afastada, na medida em que, pagos os empenhos necessários pelo alcaide contratante, por aquisições de materiais e prestações de serviços, mas não se vislumbrando a contraprestação devida, despertar-se-ia o interesse do Município, no mínimo, de denunciar tal falta dos contratados, o que, não o fazendo, demonstra a existência inequívoca do crime espelhado na denúncia.

Portanto, indiscutível que, não havendo provas de que os gastos não comprovados, mas devidamente pagos, não se converteram de contraprestações legalmente estabelecidas, com as empresas SMC Albuquerque, Tropical Comércio e Serviços Ltda. e América Construções e Serviços Ltda, configura, em desfavor do réu, o delito pelo qual foi condenado, art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, o qual mantenho sob todos os seus fundamentos.

Destaco apenas, por oportuno, que apesar de reconhecer a prática criminosa, nos moldes da denúncia, com relação as 03 empresas indicadas na peça preambular, como atos contínuos (art. 71, do CP) SMC Albuquerque, Tropical Comércio e Serviços Ltda. e América Construções e Serviços Ltda, a sentença lançou mão de apenas uma condenação, qual fosse aquela inerente a SMC Albuquerque, sem, contudo, sopesar o aumento inerente a continuidade delitiva apontada pelo representante do Ministério Público.

Entretanto, nenhum reparo pode ser feito neste sentido,

visto que a sentença condenatória está transitada em julgado para o *parquet*.

No que se refere as contratações sem licitação das empresas Comércio Ferreira Ltda., Edcol Construções Ltda., Euller Serv. Eulajose Lordas Rocha, Realce Presente e Consular Com. de Materiais de Construção, o apelante enfatiza que, inexistem provas do dolo específico em lesar os cofres públicos, já que os produtos e/ou serviços teriam sido efetivamente prestados, sem qualquer desvio de recursos ou prejuízos ao erário, motivo pelo qual pede sua absolvição.

Pois bem. A questão não é a realização dos serviços contratados, uma vez que esse fato por si só não o isenta do crime praticado, previsto no art. 89, da Lei de Licitações, pois tal escusa é insuficiência para ilidir o delito, que se perfectibiliza simplesmente pela falha grave em contratar sem adoção do procedimento licitatório devido, e isso é fato inconteste nos autos.

Os contratos, muitos dos quais já expirados, conforme provado nos autos, mas prolongados de forma ilegal, sem as cautelas exigidas em Lei, como a publicação dos aditivos contratuais inerentes, como ocorreu com Comercial Ferreira Ltda, Edcol Construções Ltda., Euller Serviços Eulajose Lordão Rocha e a Realce Presentes, ou mesmo pagos com empenho não detalhado ou em discrepância com o que fora declarado, caso desta última empresa citada e da Constrular Comércio de Materiais de Construção Ltda, a teor de tudo que foi levantado pelo FISCO e pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, foram, segundo o recorrente, pagos, tendo os contratados entregue todas as contrapartidas ajustadas, sem prejuízo ao erário.

De fato, conforme melhor jurisprudência, o dolo específico é exigido para consumação do crime do art. 89, da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido posso citar:

"(...) 5. "O delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 pune a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo, conforme entendimento desta Corte, crime material que exige para a sua consumação a demonstração, ao menos em tese, do dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta" (STJ - RHC 87.389/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 6/10/2017). (...)" (STJ - RHC 90.073/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018)

E nesse sentido, basta dizer que, ao dispensar as formalidades licitatórias inerentes à espécie contratada, prorrogando relações jurídicas indevidamente e empenhando valores acima do que seria legalmente previsto, conforme provas que não estão sendo contestadas, o apelante estará, incontestavelmente, demonstrando o dolo específico no ato, uma vez, que, mesmo que, supostamente, tenha atingido a finalidade buscada, seu percurso de ação foi legalmente intangível e, por ser acima do custo permitido em Lei, ainda trouxe prejuízo real ao erário.

Portanto, refutável seus argumentos, o apelo também não prospera nesse ponto.

Por fim, pede reparos na sentença, quanto à aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, uma vez que esta integra o próprio tipo penal pelo qual foi condenado, configurando, de tal forma, *bis in idem*. Com razão o apelante.

É a agravante:

"Circunstâncias agravantes

Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;"

Assim sopesou a pena do ora recorrente (ver fls. 888/889):

"- Quanto ao art. 1º, I, DL 201/67 (Pagamentos à empresa SMC Albuquerque – despesas não comprovadas)

(...)

Transposta esta análise, e considerando que as circunstâncias judiciais consideradas em seu conjunto são quase todas favoráveis ao réu, **faço-lhe a pena base em 02 (dois) anos de reclusão**, pena essa que aumento em 06 (seis) meses, em razão da agravante genérica do abuso de poder, **conforme art. 61, II, "g", do Código Penal, tornando-a definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, ante a ausência de outras agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou de diminuição da pena.

- Quanto ao art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 (dispensa de licitação)

(...)

Transposta esta análise, e considerando que as circunstâncias judiciais consideradas em seu conjunto são quase todas favoráveis ao réu, **fixo-lhe a pena base em**

03 (três) anos de detenção, pena essa que aumento em 06 (seis) meses, em razão da agravante genérica do abuso de poder, conforme art. 61, II, "g", do Código Penal, fixando-a provisoriamente no patamar de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção. Por fim, majoro-a em 1/3 (um terço), que corresponde a 13 meses e 10 dias), em razão da continuidade delitiva (5 infrações), conforme jurisprudência já sedimentada do STJ (1-1C 127679/SP. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho 5ºT), resultando em uma pena definitiva de 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 10 dias de detenção.

Ao mesmo tempo, fixo a pena de multa em 130 (cento e trinta) dias-multa, pena essa que aumento em 20 (vinte) dias-multa, em razão da agravante genérica do abuso de poder, conforme art. 61, II, "g", do Código Penal. Por fim, majoro-a em 1/3 (um terço), que corresponde a 50 (cinquenta) dias-multa, em razão da continuidade delitiva (5 infrações), conforme jurisprudência já sedimentada do STJ (HC 127679/SP. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho 5ºT), resultando em uma pena definitiva de 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, vigente à época do fato, devidamente atualizado.

- Do somatório das penas

Aplicando-se o art. 69 do Código Penal, por se tratar de concurso material de crimes, as penas são cumuladas, pelo que correspondem a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão; e 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 10 dias de detenção, e 200 (duzentos) dias-multa." Fiz destaques

De fato, os crimes pelos quais o réu foi condenado, aqueles cujas práticas atentam contra a administração pública e ao erário, já implicam em abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, conforme descreve a circunstância judicial que o Magistrado de piso usou para aumentar o valor da pena-base imposta.

Nesse sentido:

"(...) -É inaplicável a agravante referente à violação de dever inerente ao cargo (art. 61, II, "g", do CP) ao crime descrito no art. 1º, I do Decreto-Lei 201/67, pois tal violação constitui circunstância elementar do tipo penal. (...)" (TJMG, AC 1.0487.13.002399-6/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/02/2017, publicação da súmula em 17/02/2017)

"(...) 2. O Código Penal dispõe que a aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do

Código Penal, deve ocorrer quando tiver o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão." Todavia, é elementar do art. 1.º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201/67 a realização da conduta punível pelo Prefeito ou por quem, em razão de substituição ou sucessão, esteja, ao tempo do delito, no exercício da chefia do Executivo Municipal, motivo pelo qual evidencia-se a impossibilidade de incidência da referida agravante na espécie. (...) 4. Habeas corpus concedido para afastar a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa." (STJ - HC 107.944/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Logo, afastando-se a agravante do art. 61, inciso II, alínea "g", do CP, restam as penas:

Quanto ao art. 1º, I, DL 201/67 (Pagamentos à empresa SMC Albuquerque – despesas não comprovadas) em 02 (dois) anos de reclusão, definitiva.

Quanto ao art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 (dispensa de licitação), em 03 (três) anos de detenção, sem o referido aumento.

Contudo, mantendo a majoração de 1/3 (um terço), em razão da continuidade delitiva (5 infrações), resultará em uma pena definitiva de 04 (quatro) anos de detenção.

Ao mesmo tempo, a pena de multa, já fixada em 130 (cento e trinta) dias-multa, será apenas majorada de 1/3 (um terço), pela continuidade delitiva já descrita nos autos, resultando em uma pena definitiva de 173 (cento e setenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo, vigente à época do fato, devidamente atualizado.

Do somatório das penas, aplicando-se a regra do art. 69 do Código Penal, por se tratar de concurso material de crimes, as penas ficaram, finalmente, em 02 (dois) anos de reclusão; e 04 (quatro) anos de detenção, mais 173 (cento e setenta e três) dias-multa.

Assim, **CONHEÇO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO**, para, tão somente, reconhecer a exclusão da causa de aumento do art. 61, II, "g", do CP, redimensionando as penas e mantendo todas as demais determinações da sentença, nos termos deste voto.

Expeça-se Mandado de Prisão, após o decurso do prazo de embargos, sem manifestação.

É como voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho, Presidente da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Eduardo Leite Lisboa (Juiz convocado, com jurisdição limitada, para substituir o Exmo. Des. Arnóbio Alves Teodósio), relator, Marcos William de Oliveira (Juiz de Direito convocado até o preenchimento da vaga de Desembargador, revisor) e João Benedito da Silva (vogal).

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Francisco Sagres Macedo Vieira, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal "Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho" do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 26 de junho de 2018

**Dr. Carlos Eduardo Leite Lisboa
Juiz convocado
RELATOR**

