



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DO DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000902-42.2009.815.0131 – 2ª Vara da Comarca de Cajazeiras

RELATOR: Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos

APELANTES: Evandro Gonçalves de Brito, Marcos Antônio de Aquino, Arizeuda de Brito Almeida e Eliete Gonçalves de Brito Pegado

ADVOGADO: Paulo Sabino de Santana

APELADO: A Justiça Pública

CRIME DE RESPONSABILIDADE POR EX-PREFEITO (DECRETO-LEI Nº 201/67) – FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/1993, ART. 90) – EX-PREFEITO E CORRÉUS INTEGRANTES DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA – 1) NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA – ALEGADA INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 402 DO CPP – INÉRCIA DA DEFESA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – DESACOLHIMENTO – 2) PLEITO ABSOLUTÓRIO – IRREGULARIDADES EM CINCO PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS – UTILIZAÇÃO DE EXPEDIENTES PARA FRUSTRAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO – INTENÇÃO DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM PARA SI OU PARA OUTREM COM A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO LICITADO – CONSTATAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO – CONJUNTO PROBATÓRIO APTO E SUFICIENTE A COMPROVAR A MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – PRESCINDIBILIDADE – 3) CRIME DE RESPONSABILIDADE DE EX-PREFEITO – PAGAMENTO AUTORIZADO E EFETUADO ANTES DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO – COMPROVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO INDEVIDA – DELITO CONFIGURADO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – 4) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELOS ILÍCITOS – IMPOSSIBILIDADE DA ABSORÇÃO – 5) DOSIMETRIA – EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ELEMENTOS ATINENTES AO TIPO PENAL – CONSTATAÇÃO –

NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO – 6) AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, II, ALÍNEA “G” DO CÓDIGO PENAL – BIS IN IDEM CARACTERIZADO EM RELAÇÃO AO CRIME DE RESPONSABILIDADE – REDIMENSIONAMENTO DA PENA QUE SE IMPÕE – REDUÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

1. A não observância da formalidade inserida no art. 402 do CPP não implica, automaticamente, em nulidade processual, competindo à parte a demonstração de prejuízo concreto, bem como a alegação em momento adequado sob pena de preclusão.

2. O crime do art. 90 da Lei 8.666/1993 é considerado formal, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, como no caso dos autos, com a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, o que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime. No caso concreto, foram comprovadas diversas irregularidades em 5 (cinco) processos licitatórios para fins de direcionamento às empresas previamente escolhidas para se consagrarem vencedoras, vícios estes que comprometeram a lisura dos procedimentos, frustrando o caráter competitivo dos certames.

3. Configura crime de responsabilidade o prefeito que ordena o pagamento de despesa em desacordo com normas financeiras (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67), uma vez que a antecipação de pagamento pela Administração Pública antes da efetiva prestação dos serviços por ela contratados encontra óbice nas disposições contidas nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64 (Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal). *In casu*, o então prefeito denunciado autorizou, de forma indevida, o pagamento antecipado do valor total da obra, sem a indispensável constatação de integral execução dos serviços contratados. Tal fato, por si só, configura prejuízo aos cofres públicos, posto que a lesividade decorre da própria irregularidade nos pagamentos efetuados de forma totalmente prematura, beneficiando a empresa contratada, em evidente violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade administrativa.

4. Não há se falar em aplicação do princípio da consunção entre os crimes de fraude à licitação tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93 e o crime de responsabilidade previsto no inciso V ao art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, cujos bens jurídicos tutelados são notoriamente distintos, ademais aqueles não são meios necessários para este.

5. Hipótese em que há de se reformar a decisão apenas no

tocante à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, tendo em vista que foram utilizados fundamentos genéricos, sem a indicação de elementos concretos existentes nos autos.

6. Incabível, no caso de crime de responsabilidade, a incidência da agravante prevista no art. 61, II, alínea “g”, do Código Penal, consistente no abuso de poder ou na violação de dever inerente ao cargo, ofício ou ministério, por consubstanciar elementar dos crimes de responsabilidade pelos quais respondem os prefeitos e vereadores exatamente em virtude de sua condição de agentes políticos. Precedentes.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados.

ACORDA a Egrégia Câmara Criminal do Colendo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao apelo da defesa, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público Estadual, perante a 2ª Vara da Comarca de Cajazeiras, ajuizou ação penal em face de **Evandro Gonçalves de Brito, José Neuzimar Furtado de Lacerda, Marcos Antônio de Aquino, Ana Cláudia Félix de Oliveira, Eliete Gonçalves de Brito Pegado, Arizeuda de Brito Almeida, Tânia Maria de Figueiredo, José Severino Alves e Carlos Alberto Martins**, afirmando que os denunciados incorreram em crimes de responsabilidade e fraude em licitações nos **exercícios financeiros dos anos de 2003 e 2004**.

Narra a peça exordial (fls. 02/16) que, do procedimento administrativo instaurado por **Comissão de Combate à Improbidade Administrativa**, a partir de representação veiculada pelos vereadores municipais **José Dias Neto, Francisca Gonçalves da Silva e Tomaz Duarte Neto**, na gestão em que o primeiro denunciado era prefeito do Município de Bom Jesus/PB, **foram apurados atos definidos como crimes de responsabilidade pelo Decreto-Lei nº 201/67 e crimes de fraude em licitação pela Lei nº 8.666/93**.

Assegura a denúncia que foram realizadas obras cujas licitações seriam fraudulentas, através de ações que supostamente apontam o **fracionamento de despesas para assegurar a realização de licitação na modalidade de carta convite, em vez de tomada de preços; fraude nas licitações para fins de direcionamento dos vencedores dos certames e o pagamento das obras antes da efetiva prestação dos serviços contratados**.

Ainda segundo a denúncia, nas cartas convite **006/2003, 008/2003, 009/2004 e 010/2004**, teria ocorrido o fracionamento de despesas para burlar a suposta necessidade de tomada de preço. Também afirma que, nas licitações supracitadas, bem como na carta convite **008/2004**, os vencedores eram direcionados, o que supostamente se constataria através de uma série de indícios que enumerou na peça. Por fim, alega que as licitações acima aludidas tiveram empenhamentos e pagamentos realizados antes da efetiva prestação dos serviços contratados.

Aduz, assim, que estariam os acusados *Evandro Gonçalves de Brito* e *José Neuzimar Furtado de Lacerda* incurso nas penas do art. 1º, incisos V e IX, do Decreto-Lei nº 201/67 (duas vezes em cada) e do art. 90 da Lei do 8.666/95 c/c o art. 71 do Código Penal, e, quanto aos demais denunciados, que estariam eles incurso nas penas do art. 90 da Lei do 8.666/95 c/c o art. 71 do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 27 de maio de 2009 (fls. 874).

Após citação, os réus, com exceção de *Ana Cláudia Félix de Oliveira*, apresentaram suas respostas à acusação.

Extinta a punibilidade em relação ao acusado *José Neuzimar Furtado de Lacerda*, em razão do seu falecimento (fls. 1.425/1.426).

Desmembramento do processo em relação aos seguintes réus: *Ana Cláudia Félix de Oliveira* (fls. 1.427/1.429), e *Tânia Maria de Figueiredo, José Severino Alves e Carlos Alberto Martins* pelo motivo de residirem em outra Comarca (fls. 1.448/1.449).

Interrogatórios (fls. 1.486/1.497); Alegações finais pelo Ministério Público (fls. 1.498/1.508); Alegações finais da defesa (fls. 1.510/1.540).

Ao proferir a **sentença** (fls. 1.576/1.585), em **06/07/2016**, o MM Juiz *Kéops de Vasconcelos Amaral Vieira Pires* julgou parcialmente procedente a ação penal, aplicando as seguintes penas:

A) ao acusado ***Evandro Gonçalves de Brito*** aplicou a pena definitiva de **07 (sete) anos e 03 (três) meses de detenção, além de 80 (oitenta) dias-multa**, pelo cometimento das infrações penais previstas no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67 (duas vezes) e art. 90, da Lei nº 8.666/93 (cinco vezes) c/c art. 71 do CP (continuidade delitiva), somando-se as penas ao final.

Fixado o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena pelo primeiro denunciado, não se aplicando o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (art. 44, inciso I do CP), diante da análise das circunstâncias judiciais e *quantum* da pena cominada. Aplicou-se, ainda, a perda de eventual cargo que o denunciado esteja exercendo, bem como a inabilitação, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública.

B) aos acusados ***Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida***, aplicou, individualmente, a pena de **04 (quatro) anos de detenção, além de 36 (trinta e seis) dias-multa**, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 (cinco vezes) c/c art. 71 do CP (continuidade delitiva).

Fixado o regime aberto para o cumprimento inicial da pena para os referidos denunciados, concedendo-lhes, ainda, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (art. 44, inciso I do CP), nos moldes determinados na sentença.

Irresignados, os quatro condenados interpuseram Apelação Criminal a esta Corte (fls. 1.598) e, nas razões recursais (fls. 1.605/1.636), alegam, **preliminarmente, a ausência de oportunidade para as diligências do art. 402 do CPP**, ao argumento de haver causado prejuízos à defesa, além de ofensa ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, razão pela qual pugna pela nulidade do processo.

No mérito, a defesa pugna pela **absolvição de todos os acusados, aduzindo a inexistência de irregularidades nos processos licitatórios e que não existem provas que autorizem uma decisão condenatória, bem como pela não comprovação da incidência dolo específico. Em não sendo acolhido o pleito absolutório, a defesa argumenta a aplicação do princípio da consunção em relação aos tipos do Decreto-lei nº 201/67 e da Lei nº 8.666/93.**

Por fim, sendo mantida a condenação, a defesa pleiteia o redimensionamento da pena para reduzir o *quantum* da pena-base para o mínimo legal, ao argumento de que foi aplicada com exacerbação e de forma desfundamentada, infringindo-se o art. 59 do CP, bem como que seja extirpada a agravante do art. 61, II, “g”, também do CP, alegando que a agravante compõe o próprio tipo penal.

Contrarrazões apresentadas pelo representante do Ministério Público em primeira instância (fls. 1.640/1.646), pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria de Justiça, em parecer do Procurador de Justiça *Álvaro Gadelha Campos*, às fls. 1.650/1.656, **opinou pelo desprovimento do apelo.**

É o relatório.

VOTO:

1) Da alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa

Inicialmente, a defesa manifesta a sua indignação quanto à suposta existência de nulidade processual, argumentando que, ao término da instrução criminal, não foi oportunizado vistas dos autos às partes para fins do disposto no art. 402 do CPP, sendo determinada, diretamente, a intimação para apresentação de alegações finais, causando, assim, prejuízo aos recorrentes, motivo pelo qual pugna pela decretação de nulidade do processo.

Todavia, tal pleito não merece prosperar.

O mencionado preceito legal reza que:

Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Na hipótese em concreto, observa-se que houve inércia da própria defesa dos recorrentes, quando, ao final da audiência instrutória, poderia

ter requerido o que entendesse de direito, no entanto permaneceu inerte.

Ora, embora a magistrada *a quo*, ao final da audiência de instrução, não tenha consignado no termo eventual questionamento feito às partes acerca da pretensão de possível pedido de produção de diligência, pela leitura do dispositivo supratranscrito, é incontroverso que as partes poderiam ter pugnado pela produção de alguma prova naquele momento, tendo a defesa apontado cerceamento tão somente por ocasião das alegações finais, fato este que leva indubitavelmente à ocorrência de preclusão.

Por outro lado, há de se registrar, também, que, em momento algum, a defesa especificou qual (is) diligência (s) pretendia produzir, bem como sequer indicou o prejuízo efetivamente causado em razão de sua não realização.

Como bem pontuou o magistrado *a quo*: “*A inércia do advogado dos denunciados foi o que determinou o prosseguimento do feito para a fase de alegações finais. Não podem os Denunciados se valerem dessa astúcia de seu advogado para, em alegações finais, arguir cerceamento de defesa, quando o direito de requerer diligências já estava acobertado pelo manto da preclusão, que se dá quando aquele a quem foi atribuído o ônus não observa o momento oportuno ou pratica o ato em desatendimento à forma ou mesmo em desconformidade a seu interesse, ensejando a perda da faculdade de praticar o ato*”.

Destaco, ainda, recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO POR PREVARICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. ACÓRDÃO RECORRIDO BEM FUNDAMENTADO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. **FORMALIDADE DO ART. 402 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA.** MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE COLHEITA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A análise das razões recursais quanto às provas periciais e cópias de documentos encontra o óbice da Súmula 7/STJ.

2. O Ministério Público tem legitimidade para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua *opinio delicti*.

3. **A inobservância da formalidade do art. 402 do Código de Processo Penal não implica nulidade por si só, quando ausente demonstração de prejuízo.**

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 540.925/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016).

“*A jurisprudência desta Corte de Justiça, há muito já se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do CPP, o que não ocorreu na hipótese concreta*” (RHC 79.834/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017).

“*Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio pas de nullité sans grief impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de*

efetivo prejuízo, o que não ocorreu no caso” (RHC 50.683/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 16/10/2017).

Portanto, a não observância da formalidade inserida no art. 402 do CPP não implica, automaticamente, em nulidade da ação penal, sendo necessária a demonstração de efetivo prejuízo, bem como a alegação em momento adequado, todavia ambas são faltantes no caso concreto.

Desacolho o pleito apresentado a título de preliminar.

2) Do pleito absolutório

Centra-se a irresignação da defesa na alegação de não ocorrência de fraudes para fins de direcionamento nos processos licitatórios, bem como pela não comprovação da incidência do dolo específico, pugnano pela **absolvição** de todos os denunciados, ora recorrentes.

Infere-se do caderno processual, todavia, que a **decisão condenatória se encontra lastreada em provas robustas produzidas ao longo da instrução, as quais são suficientes à comprovação da materialidade e autoria dos delitos praticados pelos recorrentes. Vejamos.**

a) Quanto ao réu Evandro Gonçalves de Brito

Apesar de **absolvido da acusação de fracionamento das despesas** para fins de realizar licitações na modalidade convite em vez de tomada de preços, **o acusado, e ex-prefeito do Município de Bom Jesus/PB, Evandro Gonçalves de Brito, foi condenado nas iras do art. 90, da Lei nº 8. 666/93 (em continuidade delitiva), em razão da constatação de fraudes em licitações (cinco ações), e do art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67 (duas ações), pela antecipação indevida de pagamentos, os quais dispõem, respectivamente:**

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

V – ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

(...)

§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.

a.1) Do crime de fraude às licitações (art. 90, da Lei nº 8. 666/93)

A partir de uma análise conjunta das provas produzidas, revelam os autos que, à época em que o recorrente exercia o cargo de Prefeito do Município de Bom Jesus-PB, foram comprovadas diversas irregularidades em 5 (cinco) processos licitatórios para fins de direcionamento às empresas previamente escolhidas para se consagrarem vencedoras nos certames, vícios estes que comprometeram a lisura dos procedimentos, frustrando-lhes o caráter competitivo, tudo no intuito de obtenção de vantagem pela adjudicação do objeto da licitação em favor das empresas vencedoras, nos seguintes procedimentos:

1. Carta convite nº 006/2003 – Construção de 2,5 km de estrada de terraplanagem no Sítio Timbaúba;
2. Carta convite nº 008/2003 – Ampliação e recuperação de 5 km de estradas nos Sítios São Félix, Trapiá dos Zumbas e Maria de Sabino ao Sítio Ferreiro do Município de Bom Jesus;
3. Carta convite nº 008/2004 – Construção de 01 Posto de Saúde no Povoado de São José no Município de Bom Jesus;
4. Carta convite nº 009/2004 – Construção de Açude no Sítio Trapiá no Município de Bom Jesus e
5. Carta convite nº 010/2004 – Construção de Açude no Sítio Escurinho dos Lucianos no Município de Bom Jesus).

Pois bem. Em relação às Cartas convite nº 006/2003 e 008/2003, constata-se que foram as mesmas empresas convidadas (FAMAQ, JUKAPP e KELP) para ambos os certames e que a mesma empresa (Famaq Construções Ltda) se consagrou vencedora nos referidos certames, os quais tinham objetos semelhantes, sem que se observasse a obrigatoriedade do chamamento de mais um interessado, contra expressa disposição do § 6º, do art. 22, da Lei Nº 8.666/93 – de Licitações, *in verbis*:

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;**
- IV – concurso;
- V – leilão.
- (...)

§ 3º **Convite** é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, **a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado**, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Logo, apesar da disposição da lei impondo, a cada novo convite,

o chamamento de mais um interessado, **o certame acima mencionado afrontou o supratranscrito preceito legal.**

Outrossim, restaram evidenciadas outras irregularidades nos mencionados certames, vejamos.

Na **Carta convite nº 006/2003**, a Construtora FAMAQ sequer apresentou a documentação de habilitação exigida no edital, como também a empresa KELP e, quanto à Construtora JUKAPP, consta apenas a certidão negativa de débitos federais e certidão de registro da empresa no CREA/CE, ressaltando que referidas certidões são datadas de 2004 (fls. 432 a 434 dos autos), enquanto que a sessão de abertura e julgamento das propostas de licitação ocorreu em 22/04/2003. Logo, evidenciou-se, também, a **ausência das condições de habilitação, exigência do art. 27 da Lei em referência.**

Já na **Carta convite nº 008/2003**, que teve por objeto a ampliação e recuperação de 5 km de estradas nos Sítios São Félix, Trapiá dos Zumbas e Maria de Sabino ao Sítio Ferreiro, utilizou-se do mesmo *modus operandi*, caracterizando um direcionamento da obra para a Construtora FAMAQ, como já relatado acima. Para esse certame também faltou a documentação necessária exigida, inclusive, a empresa vencedora contava com certidão negativa de débito vencida na abertura da licitação.

A sentença condenatória vergastada relacionou, ainda, outras várias irregularidades, as quais demonstram o intuito evidente do dolo dos acusados, caracterizando a frustração do caráter competitivo do processo licitatório, quais sejam: a ausência de publicidade dos editais e atos convocatórios (art. 21 e 38); ausência de portaria que nomeou os membros da comissão permanente de licitação (art. 38); os objetos das licitações não foram suficientemente discriminados (art. 8 e 14); ausência de publicação dos resultados das licitações (art. 43); as firmas participantes e as vencedoras não apresentaram todos os documentos exigidos para a habilitação, **mesmo assim a Comissão Permanente de Licitação as habilitou e as declarou como aptas a participarem dos certames**; as propostas vencedoras não apresentaram planilha de custos e de preços unitários; não foram realizadas amostragens dos itens de serviços, de forma que não é possível afirmar se os serviços contratados estão compatíveis com os preços de mercado e apresentação de certidões fora do prazo de validade e outras emitidas posteriormente à realização dos certames.

O magistrado a quo consignou também que as falhas apontadas foram comuns a todos os procedimentos licitatórios em questão, as quais comprometeram a probidade dos processos licitatórios, de forma que é evidente que as irregularidades elencadas direcionaram às empresas previamente escolhidas para se consagrarem vencedoras no certame.

Referidas irregularidades, inclusive, foram pontuadas em acórdãos julgados pelo Tribunal de Contas do Estado, a exemplo do processo TC – 06.191/07 (fls. 84/85), que constatou (1. Ausência da Portaria que nomeou a Comissão de Licitação; 2. O Edital não exigia as condições legais relativas à habilitação reclamadas pela Lei de Licitações e Contratos; 3. Falta de Publicação do Edital; 4. O resultado da licitação não foi devidamente publicado; 5. As certidões apresentadas às fls. 36, 37, 43 e 45 estavam fora da validade; 6. As certidões apresentadas às fls. 38, 40 e 42 foram emitidas após a realização do certame licitatório; 7. Ausência de projeto básico e executivo; e 8. A proposta da firma

vencedora não continha a planilha de custos e de preços unitários;), **no qual restou assim decidido:**

“Vistos, relatados e discutidos os autos do PROCESSO TC-06.191/07, acordam os MEMBROS DA CÂMARA do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA (TCE-Pb), à unanimidade, na sessão realizada nesta data, EM;

- 1. **Julgar irregular o procedimento licitatório analisado e o contrato dele decorrente;***
- 2. Aplicar ao Sr. Evandro Gonçalves de Brito, Prefeito Municipal de Bom Jesus, multa no valor de R\$2.805,10 (dois mil oitocentos e cinco reais e dez centavos), com fundamento no art. 56,11, da LOTC/PB;*
- 3. Assinar ao gestor supramencionado o prazo de sessenta (60) dias, a contar da data da publicação da presente decisão, para efetuar o recolhimento ao Tesouro Estadual, à conta do Fundo de Fiscalização Orçamentária e Financeira Municipal, a que alude o art. 269 da Constituição do Estado, a importância relativa à multa, bem como comprovar sua realização a esta Corte de Contas, cabendo ação a ser impetrada pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), em caso do não recolhimento voluntário, devendo-se dar a intervenção do Ministério Público, na hipótese de omissão da PGE, nos termos do § 40 do art. 71 da Constituição Estadual.*
- 4. Recomendar à Administração Municipal de Bom Jesus, no sentido de conferir fiel observância aos ditames da Constituição Federal e da Lei de Licitações e Contratos, para não mais incorrer nas falhas detectadas pela douta auditoria nos presentes autos;*
- 5. Remeter cópia dos presentes autos ao Ministério Público Comum, na pessoa da Procuradora-Geral de Justiça, para as providências de estilo a seu cargo”.*

Ressalto, também, que o crime do art. 90 da Lei 8.666/1993 é **formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, como no caso dos autos, com a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.**

Logo, o dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89 da referida Lei, não necessariamente o dano ao erário.

Nesse sentido, quanto ao tipo subjetivo do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, válidos são os apontamentos de BALTAZAR JÚNIOR, segundo o qual *“é o dolo, acompanhado de finalidade específica de obter, para si ou para terceiro, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação. Não há forma culposa”* (JUNIOR BALTAZAR, José Paulo. Crimes Federais 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 893).

Segue julgado do Superior Tribunal de Justiça o qual considera o dolo específico, no caso do crime em comento, a finalidade de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93, EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE

DEMONSTRAÇÃO EM ALGUMAS DAS CONDUTAS IMPUTADAS AO ACUSADO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO A ESSES CRIMES QUE SE IMPÕE, SEM REFLEXOS NO AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA CONTINUIDADE DELITIVA. DIMINUIÇÃO DA PENA DE MULTA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES Nos 282 E 356 DA SUPREMA CORTE. I. **A ausência do dolo específico, consistente no especial fim de "obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação", enseja, in casu, a absolvição pela prática do art. 90 da Lei 8.666/93 em algumas das condutas praticadas em continuidade delitiva.** II. Na hipótese vertente, a remanescência de 9 (nove) outras condutas ilícitas autoriza a manutenção do aumento de pena, pela continuidade delitiva, no patamar de 2/3 (dois terços). III. A ausência de prequestionamento é óbice ao exame da matéria pela Corte Superior, a teor das Súmulas 282 e 356/STF. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 185.188/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015).

Deste modo, restam patentes as condutas delituosas praticadas pelo então prefeito à época, *Sr. Evandro Gonçalves de Brito*, que após sua chancela nas fraudes às licitações.

Portanto, as irregularidades procedidas durante os procedimentos licitatórios foram os expedientes utilizados para fraudar o caráter competitivo exigido pela lei no procedimento, já que beneficiaram as empresas vencedoras com a adjudicação dos objetos das licitações, evidenciando-se, assim, o nítido intuito de obtenção de vantagens, seja para si ou, no mínimo, para as empresas licitadas.

a.2) Do crime de responsabilidade (art. 1º, inciso V do Decreto-lei nº 201/67)

A segunda condenação do ex-prefeito de Bom Jesus, ora recorrente, como já relatado, refere-se aos **empenhamentos e pagamentos realizados antes da efetiva prestação dos serviços contratados.**

De fato, revelam os autos que o ex-prefeito, *Evandro Gonçalves de Brito*, realizou despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes, ao efetuar antecipadamente o pagamento integral do valor correspondente às obras contratadas através das Licitações Convites nº **006/2003** e **008/2004**.

Impõe-se observar que a Administração Pública deve sempre ter como princípios basilares para a contratação, o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o privado. Desta forma, toda a atividade licitatória e contratual realizada na gestão da máquina pública deve, imprescindivelmente, sujeitar-se à ordem jurídica.

Como enfoca a decisão *a quo*, a antecipação de pagamento pela Administração Pública antes da efetiva prestação dos serviços por ela contratados encontra óbice nas disposições contidas nos **arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, in verbis:**

"Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação".

"Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 10 Essa verificação tem por fim apurar:

- I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
- II - a importância exata a pagar;
- III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

- I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
- II - a nota de empenho;
- III - **os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.** (grifei)

Infere-se que a Lei nº 4.320/64 – que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal – trata, nos arts. 58 a 70, das fases da despesa pública, entendida, segundo a doutrina, em seis estágios: programação, licitação, empenho, liquidação, suprimento e pagamento.

O empenho é definido pelo art. 58 da lei como "*o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*". O empenho, pois, vincula dotação de créditos orçamentários para o pagamento da referida despesa.

Realizado o empenho, passa-se à próxima fase da despesa, a liquidação, que consiste na verificação do implemento de condição, ou seja, do direito do credor com base nos documentos comprobatórios de seu crédito (art. 63). A verificação busca apurar se o objeto da despesa foi realmente alcançado, por qual valor exato, e a quem se paga este numerário.

O último estágio da despesa é o pagamento, cuja ordem consiste no despacho de autoridade competente (no caso, o prefeito), determinando que a despesa seja paga (art. 64).

Pois bem. Na hipótese em concreto, em análise ao contrato referente à Licitação Convite 008/2004 (fls. 634/636), que teve por objeto a construção de 01 Posto de Saúde no Povoado de São José no Município de Bom Jesus, há a previsão de que o pagamento fosse efetuado em etapas e de acordo com a evolução da obra objeto do contrato, veja-se:

“(…)

CLÁUSULA SEGUNDA – DA VIGÊNCIA

O contrato vigorará a contar de sua assinatura pelas partes até o dia 31 de dezembro de 2004.

(…)

CLÁUSULA OITAVA – DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

O pagamento pela Execução da Obra será efetuado diretamente à CONTRATADA, ou Representante Legal, através da Tesouraria Municipal, após a liberação da fiscalização pela etapa concluída”.

Por outro lado, revelam os documentos acostados aos autos que o contrato foi celebrado na data de 02/08/2004 e, no mesmo dia, já foi expedida a nota de empenho nº 001132 (conforme fls. 167), seguindo-se de recibos de pagamentos para a Construtora GDM Construções Ltda datados em 13/08/2004 (no valor de R\$ 40.000,00); 20/08/2004 (no valor de R\$ 35.000,00), 27/08/2004 (no valor de R\$ 35.000,00) e 20/09/2004 (no valor de R\$ 30.000,00), além da nota fiscal emitida no dia 13/08/2004 no valor de R\$ 146.815,00.

Ora, de pronto, constata-se a proximidade nas datas dos pagamentos, não havendo nos autos nenhuma comprovação de que o pagamento tenha ocorrido à medida que a obra evoluísse, como assim previa o contrato, além da disposição da lei que exige a entrega do material ou execução do serviço antes do pagamento. Ao contrário, a vigência do contrato era de 151 (cento e cinquenta e um) dias após a data de sua assinatura (02/08/2004), no entanto, em apenas 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias, o pagamento total do contrato foi efetuado (R\$ 140.000,00), situação que comprova, indubitavelmente, a antecipação de pagamento antes da conclusão de etapa da obra.

Já em relação à Licitação Convite nº 006/2003 – que teve por objeto a construção de 2,5 km de estrada de terraplanagem no Sítio Timbaúba –, o contrato foi celebrado em 25/04/2003 (fls. 448/451), seguindo-se da autorização para o início das obras também datada de 25/04/2003 (fl. 452). Ocorre que, a nota de empenho nº 000469 (fls. 212) foi emitida em 30.04.2003, e o pagamento ocorreu nessa mesma data (no valor de R\$ 125.000,00), conforme atestam o recibo e a nota fiscal de fls. 213/214. Ou seja, apenas cinco dias após a assinatura do contrato, houve o prazo no qual era impossível a conclusão da obra, que tinha uma estimativa de 90 (noventa) dias para execução. A propósito, eis o teor contratual:

“(…)

CLÁUSULA SÉTIMA
DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

7.1 Os pagamentos dos serviços executados serão efetuados após a apresentação do boletim de medição, diretamente à CONTRATADA ou representante legal, através da Tesouraria Municipal”.

Portanto, é incontroverso que o réu, então prefeito de Bom Jesus-PB, à época dos fatos, autorizou, de forma indevida, o pagamento antecipado do valor total da obra, sem a indispensável constatação de integral execução dos serviços contratados. Tal fato, por si só, configura prejuízo aos cofres públicos, posto que a lesividade decorre da própria irregularidade nos pagamentos efetuados de forma totalmente prematura, beneficiando a empresa contratada, em evidente violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade administrativa.

A condição de chefe do Executivo Municipal impunha ao apelante a obrigação de pautar seus atos com estrita observância da lei, incumbindo-lhe, ainda, zelar pelo patrimônio público, o que não ocorreu.

Logo, diante do robusto acervo de provas dos autos, há de se manter a condenação imposta.

a.3) Da aplicação do Princípio da Consunção

Argumenta a defesa que há, no presente caso, ensejo para aplicação do princípio da consunção, razão pela qual requer a reforma da sentença para que a conduta prevista no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67 seja absorvida como meio de execução do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

É cediço que o princípio da consunção deverá ser aplicado quando uma infração penal é cometida inicialmente como meio ou fase necessária para a execução de outro crime, praticados em um mesmo contexto fático. Ou seja, há de ser constatado a existência de nexo de dependência entre duas condutas criminosas que foram praticadas.

Logo, a aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas para verificar a possibilidade de absorção daquela infração penal menos grave pela mais danosa.

No caso concreto, entretanto, as circunstâncias fáticas denotam a existência de crimes autônomos, sem qualquer nexo de dependência entre as condutas, os quais tutelam bens jurídicos diversos.

Não obstante os delitos hajam sido praticados com relação aos mesmos procedimentos licitatórios, constata-se que um não foi necessário para a execução do outro, pois estão previstos em legislações com objetos diferentes, que tratam de tipos penais distintos justamente por tutelarem bens jurídicos absolutamente distintos.

Como bem asseverou o representante ministerial em primeira instância, na hipótese do art. 90 da Lei nº 8.666/93 se pretende preservar a lisura dos processos licitatórios realizados pela Administração Pública, coibindo-se eventuais condutas ilícitas que, de algum modo, impeçam a existência de uma concorrência ampla e isonômica entre os participantes do certame. Já na hipótese do art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67, tutela-se o patrimônio da administração pública municipal. A primeira é uma lei específica sobre a licitação (Lei nº 8.666/93), a segunda refere-se à responsabilidade geral de prefeitos e vereadores ao cometerem crimes que atentem a preservação da *res pública* (Decreto-Lei nº 201/67).

Nesse sentido, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 207/67. DELITOS DE FRAUDE EM LICITAÇÃO. ARTS. 90 E 92 DA LEI N.º 8.666/93. ABSORÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. PENA-BASE FIXADA POUCO ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSOS ESPECIAIS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há subsunção dos crimes de fraude em licitação (arts. 90 e 92 da Lei nº 8.666/93) no de desvio de verba pública (art. 1.º, inciso I, do Decreto-Lei nº 207/67), cujos bens jurídicos tutelados são notoriamente

distintos, sendo que aqueles não são meio necessário para este. Na linha do parecer ministerial, "Aquele que, como os Recorrentes, frustra a competitividade de licitação, e, além disso, apropria-se dos recursos públicos relativos ao respectivo contrato, comete dois delitos, em concurso material [CP: art. 69 (caput)]." 2. A fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal (aumento de apenas 1/12) está suficientemente fundamentada na consideração desfavorável das consequências do crime, as quais, de fato, emprestaram à conduta especial reprovabilidade, mormente em se considerando o prejuízo causado ao erário (mais de quinze mil reais na década de 90) de um pequeno município.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1293176/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014).

HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO E CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS PELO ADVOGADO ENTÃO CONSTITUÍDO PELOS ACUSADOS. CONTRATAÇÃO DE NOVO PATRONO. INOVAÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS EM MEMORIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA NÃO APRECIACÃO DOS TEMAS PELA CORTE ESTADUAL. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. (...)

ABSORÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993 PELO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELOS ILÍCITOS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada absorção do delito de fraude à licitação pelo ilícito previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/1967, além de demandar o estudo aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, já foi rechaçada por esta colenda Quinta Turma, que consignou que não há subsunção entre os crimes em questão, cujos bens jurídicos tutelados são distintos, não se podendo afirmar que o primeiro seria meio necessário para o último.

3. Ordem denegada.

(HC 275.909/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 14/05/2015)

Assim, não há se falar em aplicação do princípio da consunção entre os crimes de fraude à licitação tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93 e o crime de responsabilidade previsto no inciso V ao art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, quando comprovado que o ex-prefeito, ora apelante, praticou crime de responsabilidade ao efetuar despesas não autorizadas por lei, efetuando o pagamento de obras antes da concretização destas, bem como fraudou procedimentos licitatórios para fins de direcionamento às empresas previamente escolhidas para serem vencedoras dos certames. Ademais, os tipos penais em análise visam à proteção de bens jurídicos distintos, situação que reforça a conclusão pela configuração de crimes autônomos.

Logo, não há como acolher o pleito de aplicabilidade do princípio da consunção ao caso em apreço.

b) Quanto aos réus Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida

Conforme relatado, os réus *Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida*, foram incurso nas penalidades do art. 90, da Lei nº 8.666/93, pelo envolvimento nas fraudes às licitações.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Na **irresignação recursal**, a defesa alega, mais uma vez, a **ausência de dolo específico**, por não existir a intenção de obtenção de vantagens; que não há prova de qualquer ligação pessoal dos recorrentes com qualquer interessado no processo de licitação, nem de avença com qualquer representante legal das empresas concorrentes, nem o recebimento de qualquer proposta de vantagem.

Alega, também, que o lastro acusatório se baseia unicamente no fato de que os recorrentes integrarem, à época, a Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Bom Jesus-PB, e que a sentença não estabelece nenhum vínculo participativo dos recorrentes com qualquer ação que possa ser considerada como ilícita e venha a ingressar na esfera típica do crime de fraude à licitação do art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Como visto, diversas foram as irregularidades constatadas nos procedimentos licitatórios. Ora, não há como afastar a responsabilidade criminal dos membros da comissão permanente de licitação, **posto que declararam como hígidos os processos licitatórios**.

Considerando que inexistia empresa comprovadamente habilitada, nas Cartas-convite nº 006/2003 e 008/2003, é evidente o dolo dos acusados a partir do momento em que a Comissão atestou a idoneidade das concorrentes, partindo para a fase do julgamento das propostas.

Infere-se dos autos a participação efetiva da comissão durante os processos licitatórios, ao elaborarem. A exemplo, às fls. 503, consta parecer em que a comissão sugere ao Prefeito a homologação da licitação em favor da empresa citada (nesse caso, a JUKAPP).

Portanto, a condenação dos demais acusados também deve ser mantida.

3) Do pleito de redução da pena

a) Da alegação de aplicação da pena acima do mínimo legal sem a devida fundamentação

A defesa requereu, ainda, a redução da pena-base, alegando a existência de excesso e ausência da devida fundamentação.

Sustenta o recorrente que as modulares do art. 59 do CP não foram devidamente analisadas. Quanto às circunstâncias e consequências do crime, alega que foram utilizados elementares do tipo penal e, além disso, que na sentença não houve menção de obtenção de vantagem ilícita, sendo esta erroneamente usada na fundamentação da dosimetria.

É cediço que, havendo circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal ausentes de fundamentação válida, devem estas ser consideradas em favor do réu, com o consequente redimensionamento da pena imposta e do regime de cumprimento de pena.

In casu, ao analisar os vetores do art. 59 do Código Penal, em relação ao réu Evandro Gonçalves de Brito, o magistrado *a quo* considerou como desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, nos seguintes termos:

- a) Culpabilidade: deve ela ser considerada em desfavor do Réu, uma vez que ocupava cargo público que demanda alto grau de obediência às normas cogentes;
- b) Antecedentes: embora tecnicamente primário, efetivamente há máculas na ficha de antecedentes criminais do sentenciado;
- c) Conduta social: não consta nos autos elementos objetivos que permitam a este juízo avaliá-la, inexistindo prova de que seja contrária ao que se espera no meio social, também não há nada que diga ser essa circunstância favorável ao sentenciado;
- d) Personalidade: devem tais circunstâncias ser consideradas em seu benefício, pois não consta dos autos nenhum elemento desabonador de sua pessoa;
- e) Motivos: obtenção para si ou para outrem de uma vantagem indevida, violando a moralidade administrativa;
- f) Circunstâncias do crime: devem ser consideradas em desfavor do réu, que agiu em desconformidade com a lei para obtenção de vantagem ilícita;
- g) Consequências: foram medianas, à medida que frustrou o caráter competitivo de licitações e ordenou o pagamento de despesas antes mesmo da prestação dos serviços contratados;
- h) Comportamento da vítima: sendo a vítima a sociedade, resta prejudicado o exame desta circunstância” (fls. 1582/1583) (grifo nosso).

Da leitura da sentença, verifica-se, de fato, que os argumentos utilizados pela Juiz *a quo*, para mensurar as consequências do crime são integrantes da própria conduta típica, de modo que não se justifica considerá-la em desfavor do apelante, como também as modulantes dos motivos, circunstâncias e antecedentes, devem ser consideradas em favor do recorrente, uma vez que se encontram ausentes de fundamentação idônea, posto que a condenação não faz referência à obtenção de vantagem ilícita, bem como não há notícia de condenação transitada em julgado, motivo pelo qual a pena-base deve ser redimensionada.

Em relação aos réus Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida, o magistrado *a quo* considerou como desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, respectivamente, nos seguintes termos:

- a) Culpabilidade: desfavorável ao Réu, pois violou a moralidade administrativa;

- b) Antecedentes: primário, responde apenas a este processo;
- c) Conduta social: inexistente prova de que seja contrária ao que se espera no meio social;
- d) Personalidade: não consta dos autos nenhum elemento desabonador de sua pessoa;
- e) Motivos: **obtenção para si ou para outrem de uma vantagem indevida;**
- f) Circunstâncias do crime: **devem ser consideradas em desfavor do réu, que agiu em desconformidade com a lei para obtenção de vantagem ilícita para si ou para outrem;**
- g) Consequências: **frustrou o caráter competitivo de licitações;**
- h) Comportamento da vítima: sendo a vítima a sociedade, em nada contribuiu para a prática do delito” (fls. 1583v).

“a) Culpabilidade: **desfavorável à Ré, pois violou a moralidade administrativa;**

- b) Antecedentes: primária, responde apenas a este processo;
- c) Conduta social: inexistente prova de que seja contrária ao que se espera no meio social;
- d) Personalidade: não consta dos autos nenhum elemento desabonador de sua pessoa;
- e) Motivos: **obtenção para si ou para outrem de uma vantagem indevida;**
- f) Circunstâncias do crime: **devem ser consideradas em desfavor do réu, que agiu em desconformidade com a lei para obtenção de vantagem ilícita para si ou para outrem;**
- g) Consequências: **frustrou o caráter competitivo de licitações;**
- h) Comportamento da vítima: sendo a vítima a sociedade, em nada contribuiu para a prática do delito” (fls. 1.584)

(...)

a) Culpabilidade: **desfavorável ao Réu, pois violou a moralidade administrativa;**

- b) Antecedentes: primário, responde apenas a este processo;
- c) Conduta social: inexistente prova de que seja contrária ao que se espera no meio social;
- d) Personalidade: não consta dos autos nenhum elemento desabonador de sua pessoa;
- e) Motivos: **obtenção para si ou para outrem de uma vantagem indevida;**
- f) Circunstâncias do crime: **devem ser consideradas em desfavor do réu, que agiu em desconformidade com a lei para obtenção de vantagem ilícita para si ou para outrem;**
- g) Consequências: **frustrou o caráter competitivo de licitações;**
- h) Comportamento da vítima: sendo a vítima a sociedade, em nada contribuiu para a prática do delito” (fls. 1585).

Igualmente, verifica-se que os argumentos utilizados pelo Juiz *a quo*, para mensurar as consequências do crime são integrantes da própria conduta típica, de modo que não se justifica considerá-la em desfavor dos apelantes, de igual forma, as modulantes dos motivos e circunstâncias, devem ser consideradas em favor dos recorrentes, uma vez que se encontram ausentes de fundamentação idônea, posto que a condenação não faz referência à obtenção de vantagem ilícita, motivo pelo qual as penas-bases também devem ser redimensionadas.

3.2 Da alegação de error in procedendo quando da exasperação da pena pela agravante do art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal

Argumenta, a defesa, a existência de *bis in idem* em relação à condenação dos réus nas penas do art. 90 da Lei nº 8.666/97 e a incidência da agravante

prevista no art. 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, utilizada pelo magistrado na sentença recorrida.

Dispõe o texto legal (art. 61, inciso II, alínea "g", do CP) que a **aplicação da referida agravante deve ocorrer quando tiver o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão"**.

No entanto, **a jurisprudência da Corte Superior admite tal mister quando se tratar de crime de fraude à licitação, previsto no art. 90, Lei 8.666/90, já que a violação do dever inerente à função pública pelo agente não é circunstância que integra o referido crime, não havendo como acolher o pleito da defesa.**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **FRAUDE EM LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI N. 8666/1993)**. AGRAVANTE GENÉRICA (ART. 61, II, G, CP). BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. **Nos termos da jurisprudência da Corte, é perfeitamente factível a incidência da agravante genérica prevista no art. 61, II, "g", do Código Penal, no crime de fraude em licitação, quando violado dever inerente à função pública que o recorrente exercia, circunstância que não integra o tipo previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993** (REsp 1484415/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 22/02/2016).

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1693705/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 11/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 386, III, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. FRAUDE CONTRA LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. AGRAVANTE DO ART. 61, III, "G", DO CP. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NÃO OBSERVADO. BIS IN IDEM AFASTADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora os recorrentes pretendam a absolvição do crime que lhes fora imputado, pela sua atipicidade, o Tribunal de origem, como dito na decisão agravada, assentou suas conclusões sobre o fato de haver provas suficientes (e amplamente debatidas) nos autos para concretizar a tese da condenação, como assim o fez. Assim, não há possibilidades de modificar as teses firmadas pelo Tribunal a quo sem a indispensável imersão no acervo probatório dos autos, o que é veementemente obstado pelo teor da Súmula n. 7 do STJ.

2. Quanto ao crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, destaca-se que o objeto jurídico que se objetiva tutelar com tal artigo "é 'a lisura das licitações e dos contratos com a Administração' (DELMANTO, Roberto et al. Leis penais especiais comentadas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308), notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas" (REsp n. 1.498.982/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 18/04/2016).

3. No caso em debate, ainda que os agravantes apresentem o valor do contrato (R\$ 8.024,00) como subterfúgio dos atos delitivos, tais elementos não possuem a força necessária para afastar a condenação pelo crime do art. 90 da Lei de Licitações. Isso porque, independentemente da quantia firmada no âmbito contratual, há um vício no procedimento licitatório que macula a polidez, a integridade do certame.

4. **Em relação ao art. 61, III, "g", do Código Penal, resguardada a minha**

ressalva pessoal, siga o entendimento majoritário da Turma sobre a matéria, de sorte que a agravante deve ser mantida, independentemente do pedido feito na denúncia, desde que estejam presentes as condicionantes objetivas, tais como o abuso de poder ou a violação dos deveres inerentes ao cargo.

5. Ainda, esta colenda Sexta Turma, por meio do Recurso Especial n. 1.484.415/DF, de minha relatoria, decidiu que "não há ilegalidade, porquanto ficou demonstrada a violação do dever inerente à função pública que os réus exerciam na Administração Pública, circunstância esta que não integra o tipo previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993". Afasta-se, portanto, a proibição do ne bis in idem.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1495611/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Por outro lado, em relação ao crime de responsabilidade (Decreto-Lei nº 201/67) a violação ao dever inerente ao cargo a que faz alusão a agravante prevista no art. 61, II, g, CP, seria elemento do tipo, de modo que a sua aplicação, nesse caso, também como agravante, implicaria *bis in idem*.

Dispõe o art. 61, II, alínea “g” do CP que:

“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;”

Por sua vez, a conduta imputada ao recorrente encontra-se prevista no Decreto-Lei nº 201/67, diploma legal que trata dos crimes praticados por prefeitos e vereadores, *in verbis*:

Art. 1º São **crimes de responsabilidade** dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

V – **ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;**

(...)

§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. (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67).

Portanto, é próprio do tipo em exame essa condição pessoal do agente que age na qualidade de Chefe do Poder Executivo local.

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, já decidiu que, por constituir elemento do crime, a agravante inserta no art. 61, II, g, do Código Penal, não pode ser aplicada ao crime tipificado no Decreto-Lei nº 201/67. Neste sentido:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE. ART. 61, II, G, DO CP. BIS IN IDEM. PENA DE INABILITAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

I - Configura *bis in idem* a incidência da agravante inserta no art. 61, II,

g, do Código Penal (ter o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.") ao crime cometido por Prefeito *ratione officii* (Precedente).

II - De outro lado, no que toca à alegação de que estaria destituída de fundamentação a aplicação da pena de inabilitação, incide, ao caso, a Súmula 284 do c. Pretório Excelso, haja vista não estar devidamente fundamentada a irresignação neste ponto, não tendo sido sequer apontado qual o preceito de lei federal que teria sido violado pela e. Corte de origem. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido (REsp 1042595/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 29/03/2010).

HABEAS CORPUS. PENAL. PECULATO. ART. 1.º, INCISO IV, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL. *BIS IN IDEM*. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

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.**

3. Considerando-se a pena ora aplicada - de 2 anos de detenção -, houve o transcurso do lapso temporal de 4 anos, prazo estipulado pelo art. 109, inciso V, do Código Penal, entre as datas do fato (27/09/1994), do recebimento da denúncia (12/03/2001) e da publicação da sentença (12/06/2006), motivo pelo qual há que se declarar a extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

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 (HC 107.944/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011).**

Conclui-se, portanto, que a aplicação da referida circunstância agravante configura, no caso, indevido *bis in idem*, devendo haver o decote na pena aplicada apenas em relação ao crime de responsabilidade praticado pelo ex-Prefeito, Evandro Gonçalves de Brito.

4. Redimensionamento da pena

Destarte, pelas razões esposadas acima, **passo a redimensionar a reprimenda imposta aos réus**

a) Evandro Gonçalves de Brito:

Em relação ao crime de responsabilidade (art. 1º, inciso V do Decreto-Lei nº 201/67 – pena de 03 meses a 03 anos de detenção), em razão do

afastamento de algumas circunstâncias inidoneamente valoradas negativas e **tendo em vista a permanência da circunstância judicial da culpabilidade negativa, considerada grave, como fundamentou o juízo *a quo*, deve a pena-base ser reduzida de 02 (dois) anos (fixação da sentença) para 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção.**

Outrossim, fazendo o decote da agravante do art. 61, II, “g”, aplica-se apenas a fração da continuidade delitiva em 1/6 (art. 71 do CP) pelas duas ações delitivas, conforme sentença. Diante disso, a pena é aumentada em 03 (três) meses, gerando a pena definitiva de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção.

Para o crime de *fraude à licitação* (art. 90 da Lei 8.666/93 – pena de 02 a 04 anos e multa), tendo em vista a permanência da circunstância judicial da culpabilidade negativa, considerada grave, como fundamentou o juízo *a quo*, deve a pena-base ser reduzida de 03 (três) anos (fixação da sentença) para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção. Quanto à pena de multa, reduzo de 50 (cinquenta) dias-multa para 40 (quarenta) dias-multa, à base de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos delitos.

Em seguida, com a aplicação da circunstância agravante inserta no art. 61, II, “g” do CP, posto que a conduta perpetrada pelo réu elucidou-se contrária à disposição de lei, violando dever inerente ao cargo que ocupava, permanece a majoração da pena em 06 (seis) meses e 10 (dez) dias-multa, nos moldes aplicados em sentença, **obtendo-se 3 (três) anos de detenção e 50 (cinquenta) dias-multa.**

Incide, ainda, a fração da continuidade delitiva em 1/3 (art. 71 do CP) pelas cinco infrações delitivas, conforme sentença. Diante disso, a pena é aumentada em 1 (um) ano e 16 (dezesesseis) dias-multa, gerando a pena definitiva de 04 (quatro) anos de detenção e 66 (sessenta e seis) dias-multa.

Somadas as penas, a reprimenda definitiva totaliza em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de detenção, além de 66 (sessenta e seis) dias-multa.

b) **Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida:**

Em razão da **permanência da circunstância judicial da culpabilidade negativa**, sendo o crime cometido de crime de *fraude à licitação* (art. 90 da Lei 8.666/93 – pena de 02 a 04 anos e multa) **devem as penas-base dos referidos réus ser reduzida de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses (fixação da sentença) para 2 (dois) anos e 2 (dois) meses.** Quanto à pena de multa, reduzo de 20 (vinte) dias-multa **para 12 (doze) dias-multa**, à base de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos delitos.

Em seguida, com a aplicação da circunstância agravante inserta no art. 61, II, “g” do CP, posto que a conduta perpetrada pelos réus violou dever inerente ao cargo que ocupava, permanece a majoração da pena em 06 (seis) meses e 07 (sete) dias-multa, nos moldes aplicados em sentença, **obtendo-se 2 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção e 19 (dezenove) dias-multa.**

Incide, ainda, a fração da continuidade delitiva em 1/3 (art.

71 do CP) pelas cinco infrações delitivas, conforme sentença. Diante disso, a pena é aumentada em 10 (dez) meses e 6 (seis) dias-multa, gerando a pena definitiva de 03 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e 25 (vinte e cinco) dias-multa para cada um.

Ante o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES SUSCITADAS E, NO MÉRITO, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para redimensionar a pena definitiva do réu *Evandro Gonçalves de Brito* de 07 (sete) anos e 03 (três) meses de detenção e 80 (oitenta) dias-multa para **05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de detenção e de 66 (sessenta e seis) dias-multa**, e as penas definitivas dos réus *Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida* de 04 (quatro) anos de detenção e 36 (trinta e seis) dias-multa para **03 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e 25 (vinte e cinco) dias-multa**. Permanecem inalterados os demais termos da sentença.

Considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça (STF, HC 126.292), **ultrapassado o prazo legal dos embargos de declaração, sem manifestação, expeça-se mandado de prisão do réu *Evandro Gonçalves de Brito***.

Em relação aos réus *Marcos Antônio de Aquino, Eliete Gonçalves de Brito Pegado e Arizeuda de Brito Almeida*, que se encontram soltos e a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos após o trânsito em julgado, comunique-se ao juízo *a quo*, o teor da presente decisão para a execução definitiva.

É como voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Benedito da Silva, decano no exercício da Presidência da Câmara Criminal, dele participando também os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Márcio Murilo da Cunha Ramos, relator**, Arnóbio Alves Teodósio (1º vogal) e Marcos William de Oliveira (Juiz de Direito convocado até o preenchimento da vaga de Desembargador, 2º vogal). Ausente justificadamente o Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor *Amadeus Lopes Ferreira*, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Desembargador Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 26 de julho de 2018.

Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos
Relator

