



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA

ACÓRDÃO

Apelação Criminal nº 0004318-31.2013.815.0631

RELATOR: Des. João Benedito da Silva

APELANTE: Denilton Guedes Alves

ADVOGADO: Newton Nobel Sobreira Vita

APELADO: Justiça Pública

CRIME DE RESPONSABILIDADE. EX-PREFEITO. CRIMES DO ART. 89, da LEI 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR. NULIDADE. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. PROCEDIMENTO DO RITO ESPECIAL. PRELIMINAR REJEITADA.

"Segundo regra contida no art. 394, § 2º, do Código de Processo Penal, o procedimento comum será aplicado no julgamento de todos os crimes, salvo disposições em contrário do próprio Código de Processo Penal ou de Lei especial. Logo, se para o julgamento dos delitos disciplinados na Lei nº 8.666/1993 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a instrução probatória, é de se afastar o rito ordinário em tais casos, em razão da especialidade" (RHC 40.514/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 8/5/2014, DJe 16/5/2014)

MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ELEMENTO PRESCINDÍVEL PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. CONDENAÇÃO MANTIDA. VERIFICADA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL EM RELAÇÃO A ALGUMAS CONDUTAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

PARA OS DELITOS PRATICADOS NO ANOS DE 2005 E 2006. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CIRCUNSTÂNCIAS QUE SE AMOLDAM AO INSTITUTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REFORMA EX OFFÍCIO. AUMENTO NA RAZÃO 1/4. QUANTIDADE DE CRIMES. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Considerando que entre a data dos fatos praticados nos anos de 2005 e 2006 e o recebimento da denúncia decorreu período superior a 08 (oito) anos, e que a sua sanção in concreto foi fixada em 03 (três) anos e 03 (três) meses, diante do recurso exclusivo da defesa, resta patente a prescrição retroativa, causa extintiva da punibilidade para os referidos delitos.

“(...) O dano ao erário não é elementar do tipo penal do art. 90, da Lei n. 8.666/93 (...)”
(STJ; RHC 57.115; Proc. 2015/0042858-8; CE; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 05/08/2015)

Se todas as circunstâncias judiciais se demonstram favoráveis à situação processual do acusado, a redução da pena-base para o mínimo legal é medida que se impõe.

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, deve ser aplicado o instituto da continuidade delitiva, capitulada no art. 71 do CP.

O STJ possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou

mais infrações.

Vistos, relatados e discutidos os autos identificados acima;

A C O R D A a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR, E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO PARA RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA E FIXAR A PENA EM 03 (TRÊS) ANOS E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO E 12 (DOZE) DIAS-MULTA, E, DE OFÍCIO, DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, PELA PRESCRIÇÃO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES REFERENTES AOS EXERCÍCIOS DE 2005 E 2006, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, EM DESARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.**

RELATÓRIO

A **Procuradoria-Geral de Justiça deste Estado** ofereceu denúncia contra **Denilton Guedes Alves** – à época Prefeito do Município de Tenório/PB, dando-o como incurso nas sanções do **art. 89, da Lei nº 8.666/93 (quinze vezes), na forma do art. 69, do CP.**

Segundo a denúncia, o acusado, na condição de prefeito municipal, firmou contrato com particulares, entre os anos de 2005 e 2007, dispensando a realização de licitações, sem a devida observância das formalidades em inexigibilidade.

Antes do recebimento da denúncia, aportou nos autos a informação de que o acusado já não mais exercia a função de prefeito, razão pela qual o feito foi remetido ao Juízo de 1º grau – Comarca de Juazeirinho/PB.

Denúncia recebida (fl. 1.989).

Sobreveio ao final, sentença condenatória (fls. 1535/1543), condenando o acusado nos moldes pretendidos na exordial acusatória, sendo

fixada a pena de **03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, além de 15 dias-multa** para **cada um** dos quinze delitos perpetrados, a ser cumprida no regime aberto.

Ao final, a reprimenda corpórea foi substituída por 01 (uma) pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, o recorrente vem apelar da decisão (fls. 1.547/1.548).

Nas razões recusais (fls. 1552/1581), busca, **preliminarmente**, a nulidade do feito processual, alegando que seu interrogatório foi realizado antes da oitiva das testemunhas arroladas.

No **mérito**, suscita, em suma, que as contratações foram realizadas com a devida observância aos critérios estabelecidos em lei; que inexistiu dolo em suas condutas; e que não houve nenhum prejuízo ao erário. Em caráter **subsidiário**, vem suplicar pela redução da pena estatal para o mínimo legal.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (fls. 1.585/1.593).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, no qual o ilustríssimo Procurador Álvaro Gadelha Campos opinou pelo não provimento do recurso (fls. 1.598/1.601).

É o relatório.

V O T O

Conforme visto, **Denilton Guedes Alves** – à época Prefeito do Município de Tenório/PB, foi condenado pelo Juízo da Comarca de Juazeirinho

como incurso nas sanções do art. 89, da Lei nº 8.666/93 (quinze vezes), na forma do art. 69, do CP, fixando-se a pena definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, além de 15 dias-multa, para cada um dos delitos perpetrados. A reprimenda corpórea foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Narra a peça acusatória que o acusado, na condição de prefeito constitucional do município de Tenório, determinou a instauração e chancelou o Procedimento de Inexigibilidade nº 01/2005 que culminou com a contratação do particular Raimundo Dóia de Lima, para prestar serviços de assessoria à Comissão de Licitação daquela prefeitura.

Prossegue narrando a peça vestibular que o corpo de auditagem do TCE/PB, após análise, revelou que o referido procedimento de inexigibilidade não atendeu às formalidades legais.

Descreve, ainda, a inicial de acusação, que o acusado firmou contratos de bens e serviços, sem realizar licitações e sem qualquer formalidade, fora das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, em 10 (dez) situações, em circunstâncias de tempo diversas, durante o exercício financeiro do ano de 2006, além de mais 04 (quatro) durante o ano de 2007.

Durante a instrução processual, o denunciado, ao ser interrogado pelo juízo singular (mídia audiovisual – fl. 1502), confessou ter realizado as contratações descritas na denúncia, sem a devida formalidade, justificando, para tal, a falta de interesse de terceiros em participar dos certames; que os valores cobrados por fornecedores que habitavam em outros municípios, eram exorbitantes; que nunca auferiu nenhuma vantagem em decorrência das contratações realizadas; e que contratou Raimundo Dóia de Lima para atuar na Comissão de Licitação do município:

Que foi prefeito do Município de Tenório entre 2005 e 2012; que, durante seu mandato eleitoral, foram realizadas contratações mediante licitação; que no ano de 2005 o município passou por dificuldades em realizar licitações, pois não havia interesse por parte de particulares em participar dos processos licitatórios; que contratou Raimundo Dóia de Lima para que este atuasse nos procedimentos de licitação daquele município; que, antes da referida contratação, o município possuía um contador, sendo este um parente de Raimundo Dóia de Lima; que Raimundo Dóia de Lima era o responsável por informar sobre a necessidade ou não de realizar contratação; que, na condição de prefeito, contratava diretamente transportes escolares e coleta de lixo; que os preços cobrados por pessoas e empresas de outras cidades eram bem acima daqueles que o interrogado contratava com pessoas físicas e jurídicas com domicílio no município do qual era prefeito; que nunca aferiu vantagens, nem para si nem para terceiros, em razão das contratações realizadas.

Suas alegações foram ratificadas pela testemunha da defesa, José Daniel Diniz Gomes, integrante, à época dos fatos, da Comissão de Licitação do município. Inquirido pelo douto juiz monocrático, o depoente relatou o seguinte (mídia audiovisual – fl. 1522):

Que, durante o período em que ocorreram os fatos descritos na exordial acusatória, o depoente participava da Comissão de Licitação; que muitas contratações eram feitas sem a realização de licitação, em razão da falta de interesse de pessoas e empresas em participar dos processos; que as pessoas físicas e jurídicas não atendiam aos convites para participarem dos processos; que o denunciado não aferia nenhuma vantagem com as contratações; que as empresas de outras cidades apresentavam propostas com preços exorbitantes, razão pela qual o então prefeito, ora denunciado, procurava contratar pessoas do próprio município; que, mesmo sem o devido procedimento formal, o acusado buscava contratar sempre pelo menor preço possível; que o réu realizou uma espécie de sondagem informal entre os propensos fornecedores de bens e serviço, com o fito de contratar pelo menor preço.

A versão defensiva foi corroborada, também, pela fala do senhor

João Batista Camilo da Silva, o qual foi parte em um dos contratos firmados pelo município, um dos objetos da presente ação penal. Perante o magistrado *a quo*, a testemunha asseverou(mídia audiovisual – fl. 1522):

Que não lembra quanto recebeu da prefeitura na época em que foi contratado para realizar serviço de carro-pipa; que distribuía água nas cisternas dos sítios, das escolas e da prefeitura; que o prefeito não contratava pessoas de fora da cidade porque não compensava, pois cobravam mais caro, cerca do dobro do valor contratado; que nunca ofereceu nem pagou nenhuma vantagem ao prefeito para ser contratado; que o prefeito contratava o depoente e demais contratados sem a realização de licitação.

Instruído o feito, veio o juízo *a quo* a condenar o acusado nos moldes pretendidos pelo órgão ministerial.

Inconformado, o apelante vem se insurgir contra a decisão de 1º Grau.

Preliminarmente, o recorrente aduz que o presente feito está eivado de nulidade, em razão de seu interrogatório judicial haver sido realizado antes da oitiva das testemunhas, ferindo, assim, o disposto no art. 400, do CPP.

No mérito, pugna pela sua absolvição. Em caráter subsidiário, requer a pena seja redimensionada para o mínimo cominado.

Passemos, então, a analisar cada um dos pleitos formulados pelos recorrentes

1. DA PRELIMINAR ARGUIDA – NULIDADE DO FEITO – REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO ANTES DAS DEMAIS OITIVAS.

Conforme visto, o apelante suscita, em caráter preliminar, que durante a instrução processual, seu interrogatório judicial foi realizado antes da oitiva das testemunhas, sem a devida observância ao disposto no art. 400, do CPP, de modo que todos os atos posteriores ao referido interrogatório devem ser anulados.

Da análise das alegações defensivas, a preliminar suscitada não merece ser acolhida.

É que, apesar do teor do art. 400 do Código de Processo Penal, alterado em 2008, que prevê que o interrogatório do réu seja realizado no final da instrução, os crimes em tela se enquadram na Lei nº 8.666/93, norma esta que prevê, em seu art. 104, que o interrogatório aconteça no início.

Por conseguinte, e em estrita observância ao princípio da especialidade, em razão de existir rito próprio para a apuração dos delitos atribuídos ao ora apelante, afastam-se as regras do procedimento comum ordinário, previstas no código de processo penal, cuja aplicação pressupõe, por certo, a ausência de regramento específico para a hipótese.

A despeito do tema, colaciono o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES (ART. 89). Alegada violação ao direito constitucional de ampla defesa e contraditório com o indeferimento do pedido de aplicação da Lei n. 11.719/08, que alterou o art. 400 do CPP, passando o interrogatório para o fim da instrução. Ausência de ilegalidade. **Correta a adoção do rito especial previsto na Lei n. 8.666/93. Princípio da especialidade.** Precedentes. Ordem denegada. (TJSC; HC 2013.016295-3; Araquari; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Subst. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer; Julg. 23/04/2013; DJSC 07/05/2013; Pág. 325)

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a matéria:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR INDEFERITÓRIA DE LIMINAR. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA Nº 691 DO STF. CRIME TIPIFICADO NA LEI DE LICITAÇÕES (LEI N. 8.666/93). RITO PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO DO RITO COMUM ORDINÁRIO. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ACÓRDÃO DO PLENÁRIO DO STF. 1. Esta Superior Corte de Justiça consolidou entendimento no sentido de não caber habeas corpus contra decisão que indefere liminar, nos termos do Enunciado N. 691 da Súmula do STF, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, hipótese que justificaria a concessão da ordem de ofício. Na espécie, constata-se constrangimento legal evidente. 2. **Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que, "segundo regra contida no art. 394, § 2º, do Código de Processo Penal, o procedimento comum será aplicado no julgamento de todos os crimes, salvo disposições em contrário do próprio Código de Processo Penal ou de Lei especial. Logo, se para o julgamento dos delitos disciplinados na Lei nº 8.666/1993 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a instrução probatória, é de se afastar o rito ordinário em tais casos, em razão da especialidade"** (RHC 40.514/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 8/5/2014, DJe 16/5/2014). 3. No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC n. 127.900/AM, julgado em 3/3/2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assentou que "a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado". 4. Desse modo, a decisão plenária do STF deve ser observada neste Superior Tribunal de Justiça (NCPC, art. 927, V, aplicável subsidiariamente ao processo penal. CPP, art. 3º). 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar deferida, alterar o procedimento da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) para o rito ordinário, deslocando-se o interrogatório para o último ato da instrução. (STJ; HC 376.575; Proc. 2016/0284301-4; PR; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 02/12/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/1993. PRESCRIÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR JUÍZO RELATIVAMENTE INCOMPETENTE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OCORRÊNCIA. CONVALIDAÇÃO DO ATO PELO JUÍZO COMPETENTE. NATUREZA DECLARATÓRIA. INTERROGATÓRIO COMO PRIMEIRO ATO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO ESPECIAL. ART. 104 DA LEI Nº 8.666/1993 C. C. ART. 394, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Tratando-se de incompetência relativa, o exame da prescrição da pretensão punitiva deve considerar o recebimento da denúncia realizado pelo juízo incompetente, e não a convalidação posterior do juízo que detém competência territorial, uma vez que este último ato possui natureza declarativa, prestando-se unicamente a confirmar a validade do primeiro. Em outros termos: pelo princípio da convalidação, o recebimento da denúncia por parte de juízo territorialmente incompetente tem o condão de interromper o prazo prescricional. 2. No caso, não transcorreu o prazo prescricional de 08 anos (art. 109, inciso IV, do código penal), pois os fatos ocorreram, em tese, em dezembro de 2001 e o recebimento da denúncia aconteceu em 22 de julho de 2009. 3. Segundo regra contida no art. 394, § 2º, do código de processo penal, o procedimento comum será aplicado no julgamento de todos os crimes, salvo disposições em contrário do próprio código de processo penal ou de Lei especial. Logo, **se para o julgamento dos delitos disciplinados na Lei nº 8.666/1993 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a instrução probatória, é de se afastar o rito ordinário em tais casos, em razão da especialidade.** 4. Recurso desprovido. (STJ; RHC 40.514; Proc. 2013/0294693-6; MG; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 16/05/2014)

Outrossim, há se destacar que, no presente caso, a realização do interrogatório como primeiro ato não trouxe nenhum prejuízo ao denunciado, posto que as falas das testemunhas inquiridas (arroladas pela Defesa e pela Acusação) se coadunaram com a versão produzida pelo acusado em seu interrogatório.

Diante do exposto, desacolho a preliminar aventada.

Passemos analisar o mérito recursal.

2. DO PEDIDO PRINCIPAL - Pleito Absolutório

No mérito, o recorrente se insurge contra o decreto condenatório, alegando que os elementos do conjunto probatório não são hábeis a justificar a condenação ora guerreada.

Aduz, para tal, que a contratação do particular Raimundo Dóia de Lima, se deu em total conformidade com o disposto no art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666/93, em virtude de sua notória especialização.

Acerca das demais contratações, suscita que as mesmas foram realizadas em situação de urgência, emergência e necessidade; que não houve dolo em suas condutas; e que inexistiram prejuízos ao erário.

Antes de adentrarmos na análise meritória, impende destacar, por tratar de **matéria de ordem pública**, que a **pretensão punitiva estatal resta prescrita** em relação a algumas das condutas perpetradas pelo acusado, em virtude da prescrição retroativa.

É que, a partir do momento em que o réu foi condenado pela prática de determinado delito, com a regular aplicação da pena e, não havendo recurso por parte do Ministério Público (portanto, transitando em julgado para a acusação), toda a matéria relacionada à prescrição tomar-se-á por base a pena em concreto (art. 110 do CP):

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela

pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Destaquei).

Desta feita, para a questão em testilha, foi estabelecida pena definitiva de **03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão** para cada uma das práticas do crime do art. 89 da Lei 8.666/93. Sendo assim, por força do art. 109, inciso IV do CP, o prazo prescricional seria de 08 (oito) anos, observados os marcos interruptivos enumerados no art. 117 do mesmo diploma legal.

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

IV – **em 8(oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2(dois) anos e não excede a 4(quatro);** (destaquei)

De outra banda, conforme é cediço, cuidando-se de crime praticado em data anterior à vigência da Lei n. 12.234/2010, deve ser reconhecida a prescrição retroativa se entre a **data dos fatos** e a do **recebimento da denúncia** transcorreu tempo superior ao lapso prescricional

Na espécie o recorrente foi condenado em face de condutas praticadas por três anos consecutivos, sendo 1 (uma) no ano de **2005**, 10 (dez) em **2006** e 4 (quatro) em **2007**, ou seja, todas em período **anterior à vigência da *lex gravior***.

No que diz respeito à contratação do particular Raimundo Dóia de Lima, a mesma foi realizada em 28/12/2005 (fl. 281 – vol. II), ao tempo em que a denúncia foi recebida em 21/11/2014 (fl. 1.489, volume VII), primeiro ato processual que interrompeu a prescrição (art. 117, inciso I, CP).

Assim, considerando que o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, consuma-se com contratação da obra ou serviço sem licitação, percebe-se que entre a data do fato o recebimento da denúncia, decorreram **mais de 8 (oito) anos.**

Na mesma senda encontram-se as contratações realizadas no ano de 2006. Exsurge dos autos que as primeiras, dentre essas, foram efetivadas em **02 de janeiro** do referido ano (fls. 656/658 – Sandreano Moura da Fonseca; e 666/668 – Raimundo Leite de Araújo, ambos contratados para realização de transporte de pessoas); enquanto a última, foi realizada em **10 de agosto** do mesmo ano (fls. 641/643 – João Batista Camilo da Silva, contratado para realizar abastecimento de água em carro-pipa).

Portanto, entre a data da última contratação realizada em 2006 (**10/08/06**) e o recebimento da denúncia (**21/11/2014**), também decorreram mais de 8 (oito) anos.

Desse modo, não restam dúvidas de que está caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, motivo pelo qual deverá ser julgada extinta a punibilidade do agente, **somente** no tocante às condutas perpetradas **nos anos de 2005 e 2006**, nos termos do art. 107, inciso IV do CP:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
(...)
IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE EM CARÁTER

EXCEPCIONAL. PECULATO-DESVIO PRATICADO POR SERVIDORA CONTRA O INSS. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. PRESCRIÇÃO INCIDENTE A PARTIR DO RECEBIMENTO INDEVIDO DA PRIMEIRA PARCELA DO BENEFÍCIO IRREGULARMENTE REATIVADO. DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS ENTRE O FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA PELA PENA CONCRETAMENTE DOSADA RECONHECIDA. INCIDÊNCIA DA NORMA REVOGADA DO § 2º DO ART. 110 DO CP, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.234/10. ORDEM CONCEDIDA. 1. Possível, no caso em exame, a excepcional superação da Súmula nº 691 desta suprema corte, em vista de flagrante ilegalidade e de constrangimento patente. 2. Das peças constantes da impetração é possível aferir que, a partir de 10/2/95, a paciente, embora não tivesse a posse física dos recursos públicos, tinha a sua disponibilidade jurídica, " uma vez que a partir da reativação indevida do indigitado benefício foi possível a liberação dos valores que foram pagos indevidamente até 10/02/2001". 3. **Conforme estabelecia o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação anterior à Lei nº 12.234/10, "a prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa – Redação dada pela Lei nº 7.209/84)", de molde que, in casu, deve ser considerado o lapso temporal decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia, a fulminar a pretensão punitiva estatal.** 4. A garantia da irretroatividade da Lei Penal mais gravosa impede a aplicação da nova redação dada ao art. 110, parágrafo 1º, do Código Penal pela Lei nº 12.234/10, que assentou que "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa". Na hipótese, o trânsito em julgado para a acusação (CF. Dispunha o § 1º do art. 110 do CP, em sua redação primitiva e também na atual) deu-se sob a égide da Lei revogada, mais benéfica à condenada. 5. Verifica-se que, entre a data do recebimento indevido da primeira prestação do benefício (art. 111, inciso I, do Código Penal) e a data do recebimento da denúncia (art. 117, inciso I, do Código Penal), transcorreu, in albis, período superior a oito anos, o que demonstra a ocorrência da prescrição retroativa

da pretensão punitiva contra a paciente. 6. Ordem concedida. (STF; HC 108.337; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 14/02/2012; DJE 15/03/2012; Pág. 38)

Esclarecido tal ponto dos autos, passemos à análise meritória, tão somente, acerca das contratações realizadas no ano de 2007, condutas essas que não foram alcançadas pela prescrição retroativa.

Pois bem. Inicialmente, o apelante aduz que algumas das licitações, objeto da presente ação penal, foram precedidas do devido procedimento licitatório. Entretanto, tal argumento não merece prosperar.

É que, conforme se verifica dos autos, **todos** os quatro contratos apontados na exordial acusatória, celebrados no ano de 2007, os quais versaram sobre transporte de água, transporte de pessoas, transporte de pacientes e transporte de lixos e entulhos, foram realizados **sem** procedimento licitatório.

Ademais, não há que se falar em gastos esporádicos, como sustenta a Defesa, haja vista que os contratos possuíam vigência de quase 1 (um) ano. Bem como, descabe falar que os referidos gastos eram imprevisíveis, posto que no ano anterior (2006) foram celebrados contratos da mesma natureza.

No que pertine às alegações defensivas, no sentido de que o acusado realizava, de modo informal, uma “pesquisa de preço”, com o fito de contratar o menor valor ofertado, para não onerar os cofres públicos, essas não merecem ser acolhidas.

É que o gestor público está condicionado ao princípio da legalidade estrita, o qual norteia que o agente somente poderá agir de acordo com aquilo que a lei expressamente dita. Desse modo, o acusado, na condição

de prefeito, não pode realizar pesquisas de preço de modo diverso daquilo que a norma determina, sob o risco de ofensa, inclusive, a princípios constitucionais, tal como o da publicidade dos atos administrativos.

O apelante sustenta, ainda, que as contratações ora em análise não ocasionaram nenhum prejuízo ao erário, de modo que estaria descaracterizada a prática de infração penal, em virtude da ausência do dolo específico.

Acerca do argumento suscitado, sem razão o recorrente.

É que o delito em comento trata-se de crime de mera conduta, de modo que o eventual dano ao erário é elemento prescindível para a caracterização do tipo penal em análise.

Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. FATOS ADEQUADAMENTE DESCRITOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS INDÍCIOS DE AUTORIA E DA PROVA DA MATERIALIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I. O recorrente foi denunciado pela suposta prática da conduta tipificada no art. 90, da Lei n. 8.666/93 e pretende o trancamento da ação penal. II. A exordial acusatória cumpriu todos os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, sem que a peça incorresse em qualquer violação do que disposto no art. 395, do mesmo diploma legal. III. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

(precedentes). IV. Não emerge dos autos a ausência de vinculação do recorrente com os fatos descritos na exordial acusatória. Sua atuação como empresário, ou seja, desinvestido de função pública, não impede, por si só, que haja o conluio com servidor para frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório, razão pela qual é prematuro o abreviamento da ação penal, revelando-se imprescindível, in casu, a produção de provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. V. Ademais, **o dano ao erário não é elementar do tipo penal do art. 90, da Lei n. 8.666/93**, sendo irrelevante a constatação de que a ambulância foi adquirida por preço abaixo do praticado no mercado, uma vez que o bem jurídico penalmente tutelado no mencionado tipo penal é a preservação do caráter competitivo do certame licitatório, o que não se observou. Recurso ordinário desprovido. (STJ; RHC 57.115; Proc. 2015/0042858-8; CE; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 05/08/2015)

Diante de todo o exposto, imperiosa a manutenção da decisão que condenou o acusado pela prática delitiva esculpida no art. 89, da Lei de Licitações, no tocante aos delitos perpetrados durante o ano de 2007.

3. DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO – Redução da Pena-base

Em caráter subsidiário, o recorrente pleiteia a redução do quantum da reprimenda fixada pelo magistrado singular.

Da análise das alegações recursais, assiste razão à parte impetrante.

É que, conforme se verifica da decisão questionada, o douto juízo primevo, ao analisar as circunstâncias judiciais para cada delito praticado pelo increpado, considerou como negativa, tão somente, a **culpabilidade**, fundamentando-a, contudo, em elementos inerentes do tipo penal, a exemplo do cargo que o réu ocupava à época dos fatos e da consciência do caráter ilícito de seus atos, conforme transcrevo abaixo:

“(…) Quanto à culpabilidade, deve ela ser considerada em desfavor do promovido, uma vez que ocupava cargo público que demanda alto grau de obediência às normas cogentes e, principalmente diante do fato de que ele próprio demonstrou pela consciência da necessidade de realização das licitações dispensadas e, mesmo assim, resolveu burlar a Lei 8.666/93 (…)”

Desse modo, por ser inerente ao tipo, a condição de agente público não justifica a exasperação da pena estatal.

Neste sentido, colaciono o seguinte julgado:

REVISÃO CRIMINAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. CONDENAÇÃO PELO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. SUPOSTO ERRO NA CAPITULAÇÃO. AGENTE PREFEITO MUNICIPAL. TIPIFICAÇÃO SEGUNDO AS DISPOSIÇÕES DO DEC. LEI Nº 201/1967. IMPOSSIBILIDADE. ESPECIALIDADE E TEMPORALIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/06. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MÁ-FÉ. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. SENTENÇA E ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA QUE VIGORAVA À ÉPOCA DO JULGAMENTO. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL NÃO PERMITE A REVISÃO CRIMINAL. PLEITO REVISIONAL NÃO CONHECIDO NESTA PARTE.

[...]

10. O requerente sustenta que, uma vez que a condição de agente público é elementar do tipo penal pelo qual foi condenado, o agravamento de sua pena em razão desta mesma circunstância se traduz em bis in idem de todo vedado pelo ordenamento.

11. O delito do art. 89 da Lei nº 8.66/1993 é classificado como próprio exatamente por só poder ser cometido por servidores públicos, de modo que, o agravamento da pena em razão da violação de dever inerente a cargo se consubstancia em dupla punição e, por isso, deve ser decotado da dosimetria. 12. Revisão criminal parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada parcialmente procedente, estendendo-se seus efeitos ao co-réu.

(TJES; RVCr 0002919-46.2012.8.08.0000; Câmaras Criminais Reunidas; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 10/06/2013; DJES 14/06/2013)

Assim, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser redimensionada para o mínimo cominado em lei.

Por tais razões, reduzo a pena-base para **03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa**, nas mesmas bases fixadas na sentença, para cada um dos delitos praticados pelo denunciado, pena esta que deve ser mantida em razão de inexistirem circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como causas de aumento e diminuição de pena.

3. DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – REFORMA EX OFFÍCIO

Conforme se verifica da sentença em análise, o juízo primevo, em razão da multiplicidade de condutas perpetradas pelo acoimado, aplicou o instituto do concurso material de crimes, capitulado no art. 69, do CP, para comutar as penas aplicadas a cada um dos delitos.

Entendo, entretanto, que instituto da continuidade delitiva demonstra-se mais adequado para o caso em apreço, haja vista que todos os crimes imputados ao acusado são da mesma espécie e foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar.

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

Neste sentido leciona Guilherme de Souza Nucci em Manual de

Direito Penal - Parte Geral - Parte Especial, 3ª Edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, pág. 485, ocorre crime continuado quando:

“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, em condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes, cria-se uma suposição de que os subsequentes são uma continuação do primeiro, formando o crime continuado.”

Assim, ao contrário do entendimento do douto sentenciante, a meu ver, restou caracterizada a figura do crime continuado, uma vez que tratam-se de crimes de mesma espécie.

Ademais, conforme remansosa jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, o intervalo inferior a trinta dias entre o cometimento dos delitos praticados no mesmo contexto fático atende o requisito temporal para o reconhecimento da continuidade delitiva. Na espécie, os 4 (quatro) contratos foram firmados entre os **dias 02 e 12 do mês de janeiro de 2017**. (fls. 649/651; 662/664; 671/673; e 681/683).

Importante destacar que, *in casu*, o reconhecimento da continuidade delitiva não afastará a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação às condutas praticadas nos anos de 2005 e 2006, posto que no crime continuado, o prazo prescricional deve ser contado em relação a cada uma das condutas isoladamente.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. SUCESSÃO DE LEIS PENAIAS. LEI NOVA. AGRAVAMENTO DA PENA. PRESCRIÇÃO. DENÚNCIA. INÉPCIA. CRIME SOCIETÁRIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUCTAS.

DESNECESSIDADE. INDICAÇÃO DE PEÇAS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA. I - **Não obstante a determinação legal, por ficção jurídica, para que o crime continuado seja considerado como um único delito, o CP, em seu art. 119, determina que, no concurso de crimes, a extinção de punibilidade deve ser considerada sobre a pena de cada um deles, isoladamente.** II - Desse modo, se a denúncia somente foi recebida em fevereiro de 1997, reconhece-se a extinção da punibilidade, por prescrição da pretensão punitiva, em relação aos delitos praticados anteriormente à vigência da Lei nº 8.137, sob pena de se aplicar retroativamente a lex gravior, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico (CF, art. 5º, XL e CP, art. 2º). III - Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes). Recurso a que se dá parcial provimento. (STJ; RHC 9617; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 08/08/2000; DJU 04/09/2000; pág. 00170)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. CRIME CONTINUADO. PRAZO CONTADO EM RELAÇÃO A CADA DELITO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. SENTENÇA NÃO TRANSITADA EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA PELA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. DECISÃO UNÂNIME.

I - Na hipótese de **crime continuado**, bem como nos demais casos de concursos de crimes, **o prazo prescricional deve ser contado em relação a cada uma das condutas isoladamente**. Assim sendo, se os delitos contra a ordem tributária foram praticados durante todo o exercício de 1996 e o recebimento da denúncia se deu em 22 de abril de 2008, e considerando-se que o prazo prescricional incidente na hipótese é de 12 (doze) anos, é de ser reconhecida a prescrição em relação aos crimes anteriores a 22 de

abril de 1996, remanescendo a pretensão punitiva estatal quanto aos perpetrados após tal data. (TJPE. Processo APL 2146774 PE. Órgão Julgador 3ª Câmara Criminal. Relator Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Publicação 28/02/2014. Julgamento 19 de Fevereiro de 2014.)

No caso em tela, considerando que apenas **04 (quatro)** dentre os crimes perpetrados pelo réu não foram alcançados pelo instituto da prescrição da pretensão punitiva (aqueles praticados durante o ano de 2007), tenho que a fração de aumento deve ser aplicada na razão de 1/4 (um quarto), em face do entendimento consolidado pelo **Superior Tribunal de Justiça** no sentido de que aumento de pena referente à continuidade delitiva será proporcional à quantidade de delitos praticados.

Neste sentido, trago à colação:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA Nº 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA Nº 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I. A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício. II. A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o

entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III. Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, judicial ou extrajudicial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorre na espécie. Súmula nº 545/STJ.

IV. A col. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

V. "Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à **continuidade delitiva**, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; **1/4 para 4 infrações**; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações" (AgRg no AREsp n. 398.516/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 1º/8/2016).

VI. In casu, o regime inicial fechado foi estabelecido somente com base na reincidência do paciente. Contudo, tendo a pena-base sido fixado no mínimo legal, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se mais adequada a adoção do regime intermediário (semiaberto), pois fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Inteligência da Súmula nº 269/STJ.

VII. O paciente não faz jus à substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que a reincidência em crime doloso (condenação anterior por roubo) impede a concessão da benesse, nos termos do art. 44, II, do Código Penal. Precedente. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para reduzir a sanção imposta para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, fixando-se o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda. (STJ; HC 365.794; 2016/0206415-4; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 07/12/2016)

Desse modo, considerando que a pena, após reformada por este Órgão *Ad Quem*, foi fixada em 03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa, aumento-a na razão de 1/4 (um quarto), em virtude da continuidade delitiva, tornando-a, **definitiva**, em **03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão**, além de **12 (doze) dias-multa**, devendo a reprimenda corpórea ser substituída por pena restritiva de direito, nos moldes delineados pelo douto magistrado primeiro.

Forte em tais razões, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO** ao apelo, para **reduzir a pena-base** para o mínimo legal e, de **ofício**, **reconhecer a prescrição** da pretensão punitiva estatal em relação às condutas praticadas nos anos de 2005 e 2006, **afastar o concurso material** de crimes e **aplicar a continuidade delitiva**, fixando a pena, definitivamente, em **03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão**, além de **12 (doze) dias-multa**, sendo a reprimenda corpórea **substituída** nos moldes determinados pelo juízo sentenciante.

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Arnóbio Alves Teodósio, Presidente da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Benedito da Silva, relator, e Carlos Martins Beltrão Filho. Ausente justificadamente o Exmo. Sr. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos. 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, 14 de novembro de 2017.

Des. João Benedito da Silva

RELATOR