

Ex-prefeito - Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei - Emergência não caracterizada - Fraude - Elemento subjetivo - Dolo genérico - Autoria - Materialidade - Prova documental - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Ex-prefeito. Contador do município. Crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. Lei das Licitações. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Autoria e materialidade comprovadas. Dolo genérico. Vontade consciente dirigida à dispensa e não-exigência de licitação. Inobservância das formalidades exigidas para a sua realização. Compras fracionadas do mesmo material, de um único fornecedor, ao longo do exercício. Valores inferiores aos exigidos para processo licitatório. Soma que ultrapassa a exigência legal. Meio de burlar a lei. Situação de emergência. Não-caracterização. Condenação mantida. Recursos conhecidos e desprovidos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0348.07.000577-5/001 - Comarca de Jacuí - 1º apelante: Jovani Neferson de Souza - 2º apelante: Jarbas Silas de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2008. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a MÁRCIA MILANEZ - A r. sentença de f. 567/589 condenou Jovani Neferson de Souza e Jarbas Silas de Souza, por cinco vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, pela prática da conduta delitiva tipificada no art. 89 da Lei 8.666/93, ao cumprimento da sanção de quatro anos de detenção, regime aberto e ao pagamento de multa.

Irresignados, apelaram os sentenciados.

O primeiro apelante, Jovani, busca a absolvição por ausência de provas. Em resumo, alega que estava dispensado de realizar licitação, uma vez que as compras foram realizadas pelo Município em períodos diversos, sendo que, em cada uma delas, não se ultrapassou o limite legalmente previsto. Afirma, ainda, que não houve comprovação de que as compras poderiam ter sido realizadas por preço inferior ao contratado, sendo que todo o material adquirido foi efetivamente entregue à Prefeitura, não havendo prejuízo ao erário (f. 603/610).

O segundo apelante, Jarbas, através do mesmo defensor, além das mesmas teses apresentadas pelo primeiro recorrente, alega que exercia a função de contador concursado da Prefeitura, estando sua função limitada a confeccionar os empenhos, autorizando o pagamento das compras realizadas (f. 611/618).

Em contra-razões (f. 625/637), pugna o Ministério Público pela integral manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer exarado às f. 663/664, de autoria do il. Procurador Marcus Vinicius Abritta Garzon Leite, limita-se a ratificar a manifestação ministerial de 1º grau.

É o relatório, resumido e o que interessa.

Conheço dos recursos, presentes em ambos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Inexistem preliminares a serem analisadas bem como nulidades suscetíveis de ofício.

Cuidam os presentes autos de ação penal intentada pelo Ministério Público em face de Jovani Neferson de Souza, Joel Nelito de Souza, Jarbas Silas de Souza, Itamar Francisco Neto e José Rosa Proença, aos quais foram atribuídas as práticas das condutas delitivas tipificadas no art. 89 e parágrafo único da Lei nº 8.666/93; art. 1º, I, II e V, do Decreto-lei nº 201/67; e art. 288 do Código Penal, sendo ao último imputado apenas o delito previsto na Lei de Licitações.

O feito foi inicialmente distribuído neste Tribunal, ao il. Des. Sérgio Braga, sendo encaminhado à comarca

de origem, após cessada a competência originária desta Corte, em razão da condição de ex-Prefeito do primeiro denunciado (f. 32).

Feitas essas ponderações, passo à análise dos apelos.

Segundo consta da exordial acusatória, em 1º de janeiro de 2001, o denunciado Jovani Neferson de Souza assumiu a chefia do Poder Executivo Municipal de Fortaleza de Minas e designou seus familiares e amigos particulares para postos-chave da Administração, visando à consecução de práticas criminosas. Assessorado por seus irmãos Joel Nelito de Souza, que exercia o cargo de Vice-Prefeito, e Jarbas Silas de Souza, chefe do Departamento de contabilidade da Prefeitura, e ainda por Itamar Francisco Neto, chefe do Departamento de Obras, Jovani determinou a compra de uma grande quantidade de madeira, destinada a reparar as cercas das propriedades rurais por ele adquiridas, com a justificativa oficial de que o material seria destinado à doação a pessoas carentes e à recuperação de pontes do município. No ano de 2003, foram adquiridos do denunciado José Rosa Proença, à margem de procedimento licitatório, mourões, esticadores e paus de mata-burros pelo valor total de R\$ 13.198,00 (f. 02/06).

A discussão trazida ao exame desta casa limita-se à análise das condutas imputadas aos condenados Jovani e Jarbas, referentes aos crimes previstos na Lei de Licitações. Os demais acusados, Joel Nelito de Souza, Itamar Francisco Neto e José Rosa Proença foram absolvidos de todos os delitos que lhes foram imputados, assim como os denunciados Jovani e Jarbas quanto aos crimes de responsabilidade e de formação de quadrilha.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada através dos documentos de f. 13/24, os quais demonstram a aquisição, pela Prefeitura Municipal de Fortaleza de Minas, de diversos mourões de eucalipto, esticadores e paus de mata-burro.

A autoria é de igual modo incontestada.

Extrai-se dos autos, com certeza e segurança, que o réu Jovani, na qualidade de Prefeito de Fortaleza de Minas, violou o art. 89 da Lei nº 8.666/93, ao efetuar as referidas compras, por várias vezes, durante o ano de 2003, sem realizar procedimentos licitatórios. Dúvida não há, também, de que o co-réu Jarbas, na qualidade de contador do Município, autorizou os pagamentos das compras efetuadas à margem da lei.

A prova produzida nos autos confirma tais fatos.

Interrogados em juízo, os apelantes confirmaram as aquisições dos materiais. Os dois procuraram eximir-se da responsabilidade penal, ao singelo argumento de que as compras foram realizadas aos poucos, ao longo do ano, porque não havia previsão da quantidade que seria necessária para construir cercas às margens de rodovias que estavam sendo alargadas. Disseram, ainda, que os valores nunca ultrapassaram o limite da exigibilidade de

licitação. Jarbas também confirmou que era o responsável por assinar as notas de empenho (f. 177/179 e 182/184).

No entanto, a dispensa e a inexigibilidade do processo licitatório somente podem ocorrer nas estritas hipóteses dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93. Por sua vez, dispõe o art. 26 da referida lei:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005.) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998.)

No presente caso, infere-se que os réus agiram com abuso do poder, dispensando o processo licitatório fora das hipóteses previstas na lei, assim como deixaram de observar as formalidades pertinentes a tal ato administrativo.

Ao que se vê da documentação de f. 13/24, adquiriu-se ao longo do exercício de 2003 o mesmo material, de um único fornecedor, atingindo a soma das aquisições fracionadas valor superior ao limite máximo estabelecido. É o que basta para evidenciar a fraude, consubstanciada no fracionamento das aquisições do material, para permitir a dispensa de licitação, em razão do valor de cada contratação. Vejamos o entendimento do eg. STJ:

Recurso especial. Penal. Crime de responsabilidade (art. 1º, XI, do DL 201/67). Dispensa ou inexigência de licitação (art. 89 da Lei 8.666/67). Princípio da especialidade. – ‘Não se vislumbra o alegado maltrato ao dispositivo de Lei Federal, visto que o v. acórdão alvejado não deixou de aplicar lei de caráter excepcional ou temporária, matéria tratada no art. 3º, do Código Penal, dito violado pelo recorrente. O Prefeito Municipal, como ordenador de despesas, não pode deixar de ser responsabilizado criminalmente, nos termos do art. 89, da Lei nº 8.666/93, quando burla a exigência de licitação, através de expedientes fraudulentos, como o fracionamento de despesa ou, ainda, quando fraudula o próprio certame, com propostas contendo data anterior à do convite, condutas estas, ademais, diversas da descrita no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, pelo que não há falar em *bis in idem*. Recurso não conhecido’ (REsp 504785/PB, Rel. Min. José Arnaldo Fonseca, 5ª Turma, j. em 02.10.2003, DJ de 28.10.2003, p. 338).

Por outro lado, nesses casos não se faz sequer necessário comprovar o efetivo prejuízo ao erário, ou mesmo que as compras poderiam ter sido realizadas por preço inferior.

Nos crimes definidos na Lei de Licitações, o legislador buscou tutelar, em termos gerais, a moralidade administrativa e, em termos específicos, a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação. Trata-se de crime de perigo abstrato, em que não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração tem o condão de lhe causar prejuízo. A celebração pode até ser necessária e adequada. A incriminação, porém, decorre da dispensa ou inexigibilidade da licitação, independentemente de prejuízo, que, se eventualmente ocorrer, enseja adicional sanção civil, prevista pelo art. 25, § 2º, da Lei de Licitações, bastando a ação (dispensa ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei) ou omissão (deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação) do agente.

Como preleciona Vicente Greco, “a incriminação está na dispensa ou inexigibilidade da licitação, independentemente de prejuízo” (*Dos crimes da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11).

No mesmo sentido, trago à colação recente julgado do eg. STJ, da lavra do em. Min. Félix Fisher:

Penal e processual penal. Habeas corpus. Ação penal. Art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93. Trancamento. Elemento subjetivo do tipo penal que se esgota no dolo. Crime que se perfaz independentemente da verificação de qualquer resultado naturalístico.

[...] II - A simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como ‘com o fim de’, ‘com o intuito de’, ‘a fim de’, etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária. (Precedente.)

III - Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo). (Precedente). Ordem denegada (HC 9.4720/PE, 5ª Turma, j. em 19.06.2008, DJe de 18.08.2008).

Ainda que assim não fosse, neste caso específico, as aquisições referidas, aperfeiçoando-se por vontade pessoal do primeiro apelante, com a autorização do segundo, e não conforme a disposição da Lei nº 8.666/93, resul-

taram em indubitável dano ao patrimônio público pela simples compra de material feita aleatoriamente, sem a participação de concorrentes.

Não se pode falar, outrossim, em circunstâncias que se amoldassem às máximas de urgência ou emergência que justificassem a contratação direta. As aquisições se repetiram ao longo de meses, sendo o que basta para demonstrar sua normalidade e a conseqüente imprescindibilidade dos procedimentos licitatórios. Notoriamente, o acusado Jovani fracionou o objeto da licitação, com a intenção deliberada de não realizá-la, sendo que o apelante Jarbas, na condição de contador do município, autorizou o pagamento das compras ilegalmente efetuadas.

O dolo que animou a conduta dos dois, consistente na vontade livre e consciente de praticar o ato de dispensa, tendo consciência da sua ilicitude, elemento subjetivo exigido para a configuração do delito em questão, pode ser extraído do número de vezes em que a ação foi reiterada, a qual faz presumir que os apelantes tinham plenas condições de saber que o atendimento dos interesses locais reclamava a prévia realização de certame licitatório.

Como já dito, não pode o administrador público fracionar a compra ou a contratação dos serviços para que o valor total fique abaixo do estipulado pela lei, com o objetivo de furta-se à obrigatoriedade da licitação.

Nesse contexto, a condenação de ambos era mesmo de rigor e merece confirmação, assim como as penas, corretamente dosimetradas no mínimo cominado à espécie, acrescidas da majoração mínima em razão da continuidade delitiva. Como o regime prisional foi fixado no mais brando e existem circunstâncias que impedem a concessão de outros benefícios, nada deve ser alterado na r. sentença guerreada.

Por fim, merece ser destacado um trecho constante das contra-razões do il. RMP de 1º grau, às f. 641, em resposta à indignação do apelante Jovani, que se diz vítima de conspirações de cunho político, sendo “o único ex-prefeito mantido preso por improbidade, por mais de quatro anos”. Assim se manifestou o nobre representante do *Parquet*:

Em que pese o entendimento da nobre defesa, sua indignação é impertinente, sendo necessários alguns esclarecimentos: primeiro, os apelantes estão presos em virtude da prática de crimes e não apenas por improbidade administrativa; segundo, já foram condenados a penas que, somadas, ultrapassam 50 anos de prisão; terceiro, já existe processo-crime com trânsito em julgado em relação ao réu Jovani; quarto, em Segunda Instância, todos os julgamentos até aqui proferidos estão confirmando as sentenças deste Juízo; quinto, os réus respondem a processos pelos mais diversos delitos criminais, sendo eles falsidade ideológica, peculato, quadrilha, crime da Lei 8666/93, crimes de responsabilidade e coação no curso do processo. Assim, entendo que, em relação aos apelantes, a indignação deve dar lugar ao elogio a ser prestado ao Poder Judiciário, que mostra

evolução a cada dia, deixando de criminalizar apenas ‘ladroes de galinha’ para atingir e responsabilizar aqueles que se enriquecem às custas do erário público.

Pelo exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

...