

USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA - ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO FUNERÁRIO - PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - LICITAÇÃO - INEXIGIBILIDADE - ARTS. 25 E 26 DA LEI 8.666/93 - DOLO - INEXISTÊNCIA - ATIPICIDADE - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Apelação. Usurpação de função pública. Absolvição. Recurso da acusação. Condenação pretendida. Impossibilidade. Crime não caracterizado. Regularidade da permissão para a prestação de serviços funerários. Prescindibilidade de licitação. Inteligência do art. 26 da Lei 8.666/93. Dolo não comprovado. Absolvição mantida. Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0476.04.000610-0/001 - Comarca de Passa-Quatro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Illan Eduardo Guedes - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de março de 2006. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Trata a espécie de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Illan Eduardo Guedes (f. 122v-TJ), irredimido com a sentença que o absolveu do delito insculpido no art. 328, parágrafo único, do Código Penal (f. 122-TJ).

Em razões de recorrer, encartadas às f. 128/129-TJ, o apelante bate-se pela reforma do *decisum* primitivo, pugnando pela condenação do apelado na capitulação original que lhe atribuiu a denúncia, visto que comprovado o delito à saciedade e claro nos autos o dolo do agente na consecução do crime.

Por sua vez, responde o apelado em contra-razões, às f. 131/135-TJ, suplicando seja negado provimento ao recurso ministerial, com a manutenção, *in totum*, da sentença primitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 142-TJ).

Assim relatados.

Hei de conhecer da apelação, à evidência de seus pressupostos de admissibilidade.

À vista dos autos, vislumbro a prevalência da absolvição decretada na sentença monocrática sobre a tese acusadora verificada no recurso.

Narra a peça ministerial de ingresso que Illan Eduardo Guedes, através da empresa Illan Eduardo Guedes - ME, vinha efetuando, desde 2 de dezembro de 2002, a venda de urnas mortuárias, coroas e flores, bem como o transporte de cadáveres até o cemitério local, sem que tais serviços públicos funerários lhe tivessem sido delegados via licitação, usurpando, portanto, o exercício da função pública de modo consciente e voluntário, auferindo, inclusive, vantagem pecuniária decorrente da conduta.

Daí o Ministério Público denunciá-lo como incurso nas sanções do art. 328, parágrafo único, do CP.

Ao cabo da instrução criminal, o apelado fora absolvido em primeiro grau de jurisdição da prática do crime de usurpação de função pública, com espeque no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

O Magistrado fundamentou a absolvição do apelado no fato de que os atos por ele praticados o alçariam à função de “agente funerário” ou similar, inexistindo, todavia, nos autos, indicação de que o Município contivesse tal cargo ou função em seus quadros funcionais. Ademais, não vislumbrou na conduta do réu o dolo, *conditio sine qua non* para a caracterização do delito, visto que “...sempre atuou respaldado pelo Município e, sem dúvida, prestou serviço relevante...” (*in verbis*).

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas quanto à imprescindibilidade da vontade livre e consciente do agente de usurpar a função pública - gratuita ou remunerada - e realizar ato oficial a ela inerente, sabendo-o indevido.

Processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Crime de usurpação de função pública.

- O delito do art. 328 do Código Penal não se configura sem o ânimo de usurpar, indispensável que o agente se faça passar por ocupante de função pública e que pratique atos a ela pertinentes, com vontade deliberada de exercê-la.

- Recurso provido, estendendo-se os efeitos desta decisão ao co-réu (art. 580, CPP) (*RHC* 2.356/CE, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, data do julgamento: 02.12.92; data da publicação/Fonte: *DJ* de 17.12.92, p. 24.256).

Sem sombra de dúvida, a melhor exegese da Carta Magna leva à certeza de que os préstimos funerários são de competência do Município, visto que se inserem na categoria dos serviços públicos de interesse local, nos termos do art. 30, inciso V, da Constituição Federal.

Referido dispositivo vem de permitir ao particular a efetivação de serviços que tais por meio de concessão ou permissão.

Em verdade, dúvidas não pairam de que o apelado realizou os atos descritos na exordial acusatória - de competência do Município: ele não nega; tampouco, o acervo probatório conduz a entendimento diverso. E o fez, ao menos em parte, secundado por permissão - ainda que

sem licitação - nos moldes da legislação de regência da matéria, que exclui o crime.

Ora, é sumamente importante ponderar que as contratações diretas da Administração Pública, ou seja, as que se celebram sem licitação, têm previsão legal expressa e classificam-se em:

- licitações dispensadas: art. 17, inc. I e II e alíneas, da Lei 8.666/93.

- licitações dispensáveis: art. 24 da Lei 8.666/93 e

- licitações inexigíveis: art. 25 da Lei 8.666/93.

Com efeito, a hipótese dos autos subsume-se, à luz da prova, no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, se não, vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O rol não é taxativo, por óbvio.

A cabeça do artigo em comento dá margem à compreensão inequívoca do sentido amplo do termo “inviabilidade de competição”, abrangendo não somente os casos expressos nos incisos subseqüentes, mas também situações outras imponderáveis, como no caso concreto, em que no Município de Passa-Quatro outra empresa do ramo funerário não há, senão a de titularidade do apelado.

No caso presente, a licitação é inexigível e vem devidamente justificada, em obediência ao art. 26 da Lei 8.666/93 (f. 17-TJ e 71-TJ).

Não se diga, portanto, de qualquer ofensa à Lei Municipal nº 1.383/96, já que, se licitação não houve, se deveu tal ausência ao permissivo do supracitado art. 26, e a hierarquia das normas é indiscutível no sistema constitucional pátrio, donde a prevalência da lei federal sobre a municipal.

Ainda assim, nunca será demais ponderar sobre a inexistência do dolo, essencial para caracterizar o crime *sub examine*.

A ninguém é dado escudar-se no desconhecimento da lei para se esquivar da responsabilidade penal.

Entretanto, o brocardo latino - *ignorantia legis neminem excusat* - há de ser tomado com a devida cautela para que não se chegue ao cúmulo de se exigir do cidadão a ciência de compêndios e da legislação federal, estadual e, quiçá, municipal em vigor, senão uma noção básica e geral da legalidade.

Mesmo a aplicação da parêmia da *mihi factum dabo tibi jus* prescinde da apresentação, pela parte, da legislação estadual ou municipal que invoca, visto que tampouco o magistrado está obrigado a sabê-las todas.

Nessa perspectiva, não se pode arredar como escusa, tampouco, a “aparência de licitude” que reinava no enredo delineado nos autos, levando a todos - apelado, Administração

Pública e comunidade - à crença sincera da presteza dos misteres funerários *comme il faut*, nos lindes estritos da legalidade.

Da herança genética à aprendizagem por observação, passando pelo instinto inato, assim como pela cultura adquirida no meio social, o luto traz, indissociáveis, os sentimentos de dor e respeito.

Não posso deixar de observar que a falta de préstimos de natureza tão peculiar e necessária e inestimável, como os serviços de luto, ganharia proporções desastrosas inimagináveis e desembocaria na instalação do caos na comunidade, mas a prudência impede-me de descer a minudências para justificar algo assim tão óbvio.

Nesse quadro, a boa-fé do apelante é tema pleno de verossimilhança.

Ora, a usurpação de função pública é delito que não se pune a título de culpa, à falta de previsão legal, por força do princípio da legalidade ou reserva legal, preconizado na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXIX), e igualmente no art 1º do Código Penal, em cotejo com o parágrafo único do art. 18 do CP, que prevê, *ipsis litteris*: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Não há exteriorização de qualquer intenção de usurpar a competência do Município, em prejuízo à Administração Pública, nas ações ditas criminosas do apelado. Vislumbra-se apenas a intenção de desincumbir-se dos interesses dos munícipes na prestação de serviços funerários que o próprio Poder Executivo local condescende, via permissão, pela edição de decretos, porque não realiza serviços fúnebres ele próprio e porque não existe, no Município, outro prestador da mesma espécie de serviço, altamente relevante, prestimoso e absolutamente imprescindível na comunidade, como se vê da profusão de provas nesse sentido, dispensando-se aprofundadas explicações sobre o tema.

Também à ausência do elemento volitivo, não há subsistir o crime.

Posto isso, nego provimento ao apelo ministerial, mantendo, pois, a absolvição do apelado exarada na bem lavrada sentença monocrática.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Hyparco Immesi* e *Beatriz Pinheiro Caires*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:-:-