



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal **Élio Siqueira Filho**

APELAÇÃO CRIMINAL (ACR) Nº 10789/RN (0005629-76.2012.4.05.8400)
APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APTE : LUIS CARLOS VIDAL BARBOSA
ADV/PROC : PAULO DE SOUZA COUTINHO FILHO (RN002779) E OUTRO
APDO : OS MESMOS
ORIGEM : 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
(COMPETÊNCIA PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL E EXEC. PENAL) - RN
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO - 1ª
TURMA

RELATÓRIO

O Senhor DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO: Cuida-se de apelações criminais interpostas por Luís Carlos Vidal Barbosa e pelo Ministério Público Federal em face de sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que julgou parcialmente procedente a Ação Penal nº 0005629-76.2012.4.05.8400.

Na denúncia, a acusação imputou a Luís Carlos Vidal Barbosa, ex-prefeito do Município de Santo Antônio/RN, a prática dos crimes previstos no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67; no art. 89, da Lei nº 8.666/93 e no art. 304 c/c o art. 297, §1º, do Código Penal, todos em continuidade delitiva.

Nos termos da inicial acusatória, o réu, na qualidade de ex-gestor público municipal, na administração de recursos federais repassados ao Município de Santo Antônio/RN, “dispensou ilegalmente a realização de diversos processos licitatórios para a compra de medicamentos, materiais médico-hospitalares e odontológicos, ao realizar o gasto de R\$383.676,48 (trezentos e oitenta e três mil seiscientos e setenta e seis reais e quarenta e oito centavos) em diversas compras entre janeiro e outubro de 2004, contratando diretamente com 09 (nove) pessoas jurídicas fornecedoras (art. 89, da Lei nº 8666/93 c/c o art. 71, do CPB), desviou recursos públicos, o que restou constatado quando buscou justificar a regularidade dos gastos e compras realizadas mediante a apresentação de notas fiscais falsas (art. 1, I, do Decreto-Lei nº 201/67 e art. 304 c/c 71 do CPB) conforme, a seguir, restará devidamente apontada a conduta, materialidade e autoria”.

Na sentença recorrida, o juízo *a quo* absolveu o réu, por insuficiência de provas, dos crimes previstos no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 e no art. 304 c/c o art. 297, ambos do CP, e o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 71, do CP.



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

Em seu apelo (fls. 101/115), o MPF postula a reforma parcial da sentença, para que seja exasperado o aumento do art. 71, do CP, na fração de 2/3 (dois terços), além de requerer a condenação do réu pelas condutas tipificadas no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, e no art. 304 c/c o art. 297 e art. 71, todos do CP, agravada pela intenção de facilitar ou assegurar a ocultação ou vantagem dos outros crimes (art. 61, II, “b”, do CP).

Em síntese, segundo o *Parquet*, mesmo diante do fato de que ao menos quatro das empresas supostamente contratadas pela Prefeitura terem alegado que nunca participaram de licitação do ente municipal, e muito menos forneceram medicamentos e materiais médico-hospitalares, a sentença absolveu o acusado do crime de desvio de recursos públicos, por ausência de provas de que os bens não foram adquiridos.

Além disso, o MPF insurge-se contrário à incidência do princípio da consunção quanto ao crime de uso de notas fiscais falsas, afirmando que o entendimento adotado na sentença destoava da jurisprudência desta Corte Regional.

Por sua vez, nas razões do apelo (fls. 170/186), a defesa de Luís Carlos Vidal Barbosa alega, preliminarmente, a nulidade da sentença por inobservância do procedimento legal quanto à *mutatio libelli*, em prejuízo à defesa. Afirma que a sentença condenatória levou em consideração circunstâncias fáticas não descritas na denúncia, sem atentar para o procedimento previsto no art. 384, do CPP.

No mérito, o apelante sustenta que não houve dispensa indevida nos procedimentos administrativos e que os eventuais vícios formais não constituem fato penal juridicamente relevante. Destarte, requer sua absolvição, com fulcro no art. 386, inciso III ou VII, do CPP.

Foram apresentadas contrarrazões, às fls. 128/141 e 216/218.

Nesta instância, o MPF, na qualidade de *custos iuris*, manifestou-se no Parecer nº 1574/2014 pelo não provimento do apelo defensivo e pelo parcial provimento do recurso ministerial, para que o réu seja condenado pelo crime de responsabilidade, que absorveria os demais, em homenagem ao princípio da consunção.

Em 07.08.2014, a Primeira Turma decretou a nulidade do julgamento realizado em 27.02.2014, tendo em vista a ausência de intimação do advogado do réu e determinou a retificação da autuação, em razão do substabelecimento sem reserva de poderes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

TRF/fls. ____

No entanto, neste íterim, houve novo substabelecimento sem reserva de poderes, de modo que o julgamento posterior da apelação, ocorrido em 05.05.2016, incorreu em nova nulidade, por falha na intimação, o que motivou o acolhimento do Incidente de Questão de Ordem, julgado em 17.05.2018, declarando a nulidade do acórdão de fls. 344/347, consoante certidão à fl. 392.

À Primeira Turma para que certifique se há petição do réu Luís Carlos Vidal Barbosa pendente de juntada e se o advogado Paulo de Souza Coutinho Filho (OAB/RN nº 2779) encontra-se devidamente cadastrado.

Após, ao Revisor.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

APELAÇÃO CRIMINAL (ACR) Nº 10789/RN (0005629-76.2012.4.05.8400)
APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APTE : LUIS CARLOS VIDAL BARBOSA
ADV/PROC : PAULO DE SOUZA COUTINHO FILHO (RN002779) E OUTRO
APDO : OS MESMOS
ORIGEM : 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
(COMPETÊNCIA PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL E EXEC. PENAL) - RN
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO - 1ª
TURMA

VOTO

O Senhor DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO: Nos termos da denúncia, Luis Carlos Vidal Barbosa, à época no exercício do cargo de prefeito do Município de Santo Antônio/RN, incorreu nas condutas típicas previstas no art. 89 da Lei nº 8.666/93, ao dispensar ilegalmente a realização de diversos processos licitatórios destinados à aquisição de medicamentos, materiais médico-hospitalares e odontológicos, em diversas compras realizadas entre janeiro e outubro de 2004; e no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 e no art. 304 do CP, ao desviar recursos públicos e, posteriormente, justificar a regularidade dos gastos públicos mediante uso de notas fiscais falsas.

Julgada parcialmente procedente a acusação, a defesa de Luis Carlos Vidal Barbosa alega, inicialmente, como preliminar, a nulidade da sentença por violação ao art. 384 do CPP.

Sustenta a defesa que, enquanto a denúncia imputou ao réu a prática do crime de dispensa indevida de licitação, sob a acusação de que ele teria dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei, o juízo sentenciante o condenou sob o argumento de que ele teria deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. No entanto, como essa circunstância fática representaria inovação, a sentença teria incorrido em violação do disposto no art. 384 do CPP.

Após realizar o cotejo entre o teor da denúncia e o seu acolhimento parcial na sentença, não vislumbro nulidade a ser declarada.

O crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito de ação múltipla, que se consuma quando realizada uma das condutas nele previstas – a dispensa fora das hipóteses legais ou a inobservância das formalidades pertinentes à dispensa. Ao descrever, pormenorizadamente, as contratações irregulares realizadas pela Prefeitura de Santo Antônio/RN, no período de janeiro a outubro de 2004, a denúncia possibilitou o pleno exercício da defesa e do contraditório, de modo que não há falar *em mutatio libelli* com base no fato de que a sentença acolheu o pedido condenatório, por fundamentação diversa daquela disposta na inicial acusatória.



Ressalte-se que a *mutatio* se configura quando há nova definição jurídica do fato, o que não se verifica neste processo, em que as condutas relativas à dispensa indevida de licitação se encontram, como dito, minuciosamente descritas na denúncia, possibilitando a efetivação do contraditório.

Superada a preliminar, passemos ao exame do mérito, a começar pelo recurso da defesa, no qual se pleiteia a absolvição do réu do crime de dispensa indevida de licitação (art. 89 da Lei nº 8.666/93).

Argumenta a defesa que eventuais falhas formais dos procedimentos de dispensa de licitação atribuídas ao recorrente não ocasionaram a realização de dispensas indevidas.

Não é, contudo, a essa conclusão que as provas dos autos apontam. Segundo o art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação *“para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez”*.

No caso destes autos, a prefeitura do Município de Santo Antônio/ RN contratou as empresas Dental Médica, Lacmed, Artmed, Erivaldo Ferreira da Silva e Hospdent para o fornecimento de medicamentos e outros materiais de saúde. Ocorre que, da análise dos processos administrativos de dispensa de licitação colacionados aos autos, observa-se que, não obstante o valor de cada procedimento seja enquadrado no limite previsto pela norma para a dispensa de licitação, o montante final extrapola essa limitação legal, ou seja, houve um fracionamento intencional das licitações, voltado exatamente para burlar o limite previsto em lei.

Para a devida compreensão do que aqui se coloca, passo a descrever algumas das contratações da empresa Erivaldo Ferreira da Silva (CNPJ 01.634.700/0001-09): em 12.01.2004, a empresa fora contratada para a aquisição de material cirúrgico para uso na Secretaria Municipal de Saúde, no valor de R\$ 4.120,00 (fls. 517/522). Na mesma data, em 12.01.2004, a mesma empresa é contratada para o fornecimento de medicamentos no valor de R\$ 4.840,00 (fls. 523/526). Menos de um mês depois, em 09.02.2004, a mesma empresa é diretamente contratada para novo fornecimento de medicamentos, desta vez, no valor de R\$ 6.981,20, entre os quais, comparando-se as notas fiscais de fls. 531 e 526, observa-se semelhança entre alguns dos materiais adquiridos. E, na mesma data, em 09.02.2004, há outra dispensa direcionada



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

à aquisição de materiais hospitalares adquiridos, do mesmo modo, junto à empresa Erivaldo Ferreira da Silva.

E seguem novas contratações, todas bem “*atentas*” ao limite disposto no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93, porém, sem a devida observância para a parte final desse dispositivo, no qual consta proibição legal de fracionamento, quando a compra se refere a “*parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação*”.

Verifiquei, ainda, que, em datas bem próximas, outras pessoas jurídicas são contratadas para a aquisição de produtos direcionados a necessidades do mesmo ramo: em 18.03.2004, são adquiridos produtos odontológicos da empresa Eriberto Ferreira da Silva e, em 26.03.2004, são adquiridos novos produtos odontológicos, desta vez, da empresa Dental Médica. Frise-se que todas as compras foram realizadas de modo direto, mediante dispensa de licitação.

Além desses documentos que denotam ter sido a dispensa realizada por meio de fracionamento ilegal, houve o descumprimento de uma série de formalidades, cuja inobservância também configura o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. Aqui transcrevo trecho da sentença que adoto como razão de decidir, por elucidar de forma objetiva essas violações:

“...não se encontram neles [nos pareceres e despachos que autorizaram as dispensas] a razão da escolha do fornecedor ou executante favorecido, nem a justificativa do preço contratado. Outra irregularidade que salta aos olhos é a inexistência de publicação dos citados despachos de dispensa na imprensa oficial. Como se não bastassem tais irregularidades, constata-se ainda que não consta de tais documentos o número do processo administrativo a ele correspondente, nem número de ofício nas correspondências expedidas pela Secretaria de Saúde para o Prefeito do Município. Inexiste também numeração nos pareceres elaborados pela assessoria jurídica. Note-se ainda que tais documentos não possuem numeração de folhas, como é usual em todo processo administrativo”.

Também merece destaque o fato de os referidos procedimentos de dispensa serem constituídos de apenas três peças, realizadas praticamente em concomitância: quando não eram elaboradas na mesma data, eram concluídas em datas muito próximas, a reforçar a conclusão de que tais



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal *Élio Siqueira Filho*

procedimentos sequer existiram de fato. Ao contrário, representam meros elementos de uma encenação de suposto atendimento às regras licitatórias.

Desta forma, do exame detido das provas, dúvida não há de que o apelante praticou, na condição de gestor municipal, o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Agora, as provas indicam que não fora apenas este o delito praticado pelo acusado. É que, se algumas das aquisições foram realizadas e concretizadas por meio de dispensa indevida de licitação, outras aquisições não só tiveram o procedimento burlado, como sequer existiram concretamente. Verificou-se que, ao menos com quatro empresas, a prefeitura dispensou a licitação e efetuou pagamento sem que os produtos fossem entregues. E mais: na tentativa de comprovar o recebimento dos produtos adquiridos, a edilidade apresentou notas fiscais inidôneas.

Nesse tocante, merecem destaque as notas fiscais nº 947, 949, 950, 961, 962, 963, 977, 978, 979, 986, 987, 989, 990, 996, 997, 998, 1101, 1102, 1103 e 1104, que comprovariam o pagamento de R\$ 110.253,18 à empresa QUALIMED PRODUTOS HOSPITALARES E FARMACEUTICOS LTDA. No entanto, Maria Edineide de Oliveira, sócia da empresa, afirmou nunca ter emitido as referidas notas. O relatório da 1ª URT da Secretaria de Tributação do Estado do RN também aponta a inidoneidade desses documentos.

Além dessas, constam, nos autos, outras notas inidôneas destinadas a comprovar o suposto pagamento de materiais às empresas SODIMED, LIDER FARMA e MEDILAB.

A presença de referidas notas denota o cometimento do crime de desvio de recursos públicos, tal como narrado pela acusação: *“se os recursos públicos federais foram integralmente repassados à Prefeitura Municipal de Santo Antônio/RN, se tais recursos foram empregados para dispêndio nas 75 (setenta e cinco) dispensas de licitação, se foram forjados e simulados os processos de compras, se várias dessas compras simuladas por dispensa de licitação foram justificadas mediante a apresentação de notas fiscais falsas, se é certo que houve ausência de serviço primordial à saúde de parte da população do município; assim, está mais que evidente, resultante e conseqüente de lógico raciocínio, que houve o desvio de recursos, e que o anterior autor de todas as demais condutas retrocitadas é também o autor do desvio, que somente foi possível e viável com o fracionamento, montagem, simulação e apresentação de documentos falsos”* (fl. 110).



De fato, tais notas fiscais falsas em conjunto com outras provas que denotam a simulação de procedimentos licitatórios se mostram bastantes para comprovar, tal como aponta a acusação, que o réu desviou verba pública, especialmente quando não são apresentados elementos a demonstrar que fora dada uma destinação em prol do interesse público aos recursos federais recebidos pela municipalidade.

Diante desses elementos, dou provimento ao recurso do MPF, no que se refere à condenação do réu nas penas do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, especificamente quanto aos supostos contratos efetuados com as empresas QUALIMED, SODIMED, LIDER FARMA e MEDILAB.

Agora, se, por um lado, as notas são elementos que reforçam a comprovação da prática do crime de desvio, por outro, entendo que a falsidade não passou de meio para consumação da irregularidade na aplicação da verba pública, razão pela qual não vislumbro o cometimento de dois crimes autônomos, mas sim de hipótese em que incide o princípio da consunção, com a absorção do crime meio pelo crime fim.

Desta forma, relativamente aos contratos em tese firmados com as empresas QUALIMED, SODIMED, LIDER FARMA e MEDILAB, dou provimento parcial ao apelo, para condenar Luis Carlos Vidal Barbosa nas penas do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, e absolvo o réu do crime de uso de documento falso.

Por fim, no que toca à dosimetria, tanto em relação ao estabelecimento da pena atinente ao crime de responsabilidade a que fora condenado o réu nesta segunda instância, quanto ao pedido do *Parquet* de majorar a pena aplicada na sentença para o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, deve-se atentar para a proibição de *reformatio in pejus* em situações como esta, de novo julgamento decorrente de pedido da defesa de reconhecimento de nulidade que lhe foi prejudicial.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: “2. É entendimento deste Sodalício que a proibição do agravamento da situação do acusado, prevista no artigo 617 do Código de Processo Penal, também se estende aos casos em que há a anulação da decisão recorrida, por intermédio de recurso exclusivo da defesa ou por meio de impetração de *habeas corpus*, de tal sorte que o órgão julgador que vier a proferir novo julgamento ficará vinculado aos limites da pena in concreto imposta na decisão anulada, não podendo, de forma alguma, recrudescer a sanção, sob pena de



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

operar-se a vedada reformatio in pejus indireta” (EDcl no AgRg no AREsp 596663 / MG).

Sendo assim, relativamente à dosimetria, adoto como razão de decidir os fundamentos do acórdão anulado:

“Dosimetria. Na escala de valores para fins de dosagem da pena a ser aplicada, deve ser atribuída maior gravidade aos crimes que envolvam violência, pois geralmente revelam um comportamento que merece uma censura penal mais rigorosa. Diante disso e considerando as circunstâncias dos autos, deve ser mantida, em relação ao crime do art. 89, da Lei nº 8.666/93, a repressão fixada pelo juízo recorrido no total de 4 anos e 6 meses e pena de multa de R\$ 383.676,48 (trezentos e oitenta e três mil, seiscentos e setenta e seis reais e quarenta e oito centavos), nos moldes fixados na sentença.

13. *Em relação ao crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67, verifica-se a presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a) culpabilidade, porquanto o réu se valeu do expediente torpe de "fatiar" o objeto de licitação utilizando-se de documentos falsos para malversar o patrimônio público, cuja administração lhe fora confiada por seus eleitores; o que, se em razão do princípio da consunção, não é o bastante para delinear crimes autônomos (art. 89 da Lei nº 8.666/93 e 304 do CP), é razão suficiente para a exasperação da pena-base quanto ao crime-fim; b) conduta social, visto que o réu possui vários registros negativos no TCU, assim se entendendo julgamentos transitados em julgado de rejeição de contas, com determinação de devolução de valores, relativos a fatos diversos dos da presente ação penal (Acórdão nº 3672/09 - 2ª Câmara, Acórdão nº 3139/2010 - 1ª Câmara, Acórdão nº 2561/2011 - 1ª Câmara, Acórdão nº 2396/2011 - 1ª Câmara); c) consequências do crime, "haja vista que a errônea aplicação das verbas públicas pelo gestor prejudicou o usufruto, por parte da população, de direito básico constitucionalmente previsto, qual seja a saúde" (ACR 10131, Rel. Des. Margarida Cantarelli, TRF 5 - Quarta Turma, DJE - Data: 26/09/2013). No mesmo sentido: ACR 9598, Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta (convocada), TRF 5 - Primeira Turma, DJE - Data: 01/08/2013. Diante disso, pela prática dessa conduta, aplica-se a pena-base acima do mínimo no montante de*



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal **Élio Siqueira Filho**

4 (quatro) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa. Segunda fase. Ausentes atenuantes ou agravantes. Terceira fase. A princípio, considerando a existência de 41 dispensas indevidas de licitação e o conseqüente desvio dos respectivos valores, e já ser pacífico na jurisprudência que "no caso de sete infrações cometidas pelo paciente, correto o aumento da reprimenda na fração de 2/3 (dois terços)" (HC 200703075435, Felix Fischer, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:16/06/2008), aumenta-se a pena em 2/3, tornando-a definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

14. Nos termos do art. 69 do CP, diante da diversidade material de condutas, aplicar-se-ão comutativamente as penas relativas aos dois crimes praticados. Isso posto, condena-se o réu à pena definitiva de 11 (onze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, 166 dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos e multa de R\$ 383.676,48 (trezentos e oitenta e três mil, seiscentos e setenta e seis reais e quarenta e oito centavos), nos moldes fixados na sentença, declarando-se ainda a sua inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, § 2º do Decreto-lei nº 201/67".

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à apelação de Luis Carlos Vidas Barbosa e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal para condenar o apelante nas penas do art. 89 da Lei nº 8.666/93 e do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67.

É como voto.

Recife, 14 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal **ÉLIO SIQUEIRA FILHO**
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

APELAÇÃO CRIMINAL (ACR) Nº 10789/RN (0005629-76.2012.4.05.8400)
APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APTE : LUIS CARLOS VIDAL BARBOSA
ADV/PROC : PAULO DE SOUZA COUTINHO FILHO (RN002779) E OUTRO
APDO : OS MESMOS
ORIGEM : 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
(COMPETÊNCIA PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL E EXEC. PENAL) - RN
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO - 1ª
TURMA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA AO ART. 384 DO CPP. MUTATIO LIBELLI. INOCORRÊNCIA. CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93). DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM O PARCELAMENTO INDEVIDO DAS AQUISIÇÕES, ALÉM DA INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES ATINENTES AO PROCEDIMENTO DE DISPENSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PROCEDIMENTOS IRREGULARES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CONJUNTO COM A UTILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS FALSAS. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESVIO DE VERBA PÚBLICA (ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). USO DE DOCUMENTO FALSO QUE SE EXAURE NO CRIME FIM. CONSUNÇÃO. APELO DO MPF PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA DEFESA NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da denúncia, o apelante, à época no exercício do cargo de prefeito do Município de Santo Antônio/RN, incorreu nas condutas típicas previstas no art. 89 da Lei nº 8.666/93, ao dispensar ilegalmente a realização de diversos processos licitatórios destinados à aquisição de medicamentos, materiais médico-hospitalares e odontológicos, em diversas compras realizadas entre janeiro e outubro de 2004; e no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 e no art. 304 do CP, ao desviar recursos públicos e, posteriormente, justificar a regularidade dos gastos públicos mediante uso de notas fiscais falsas.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito de ação múltipla, que se consuma quando realizada uma das condutas nele previstas – a dispensa fora das hipóteses legais ou a inobservância das formalidades pertinentes à dispensa. Ao descrever, pormenorizadamente, as contratações irregulares realizadas pela Prefeitura de Santo Antônio/RN, no período de janeiro a outubro de 2004, a denúncia possibilitou o pleno exercício da defesa e do contraditório, de modo que não há falar em *mutatio libelli* com base no fato de que a sentença acolheu o



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

pedido condenatório, por fundamentação diversa daquela disposta na inicial acusatória.

3. Especificamente quanto à condenação pelo crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, alguns pontos merecem destaque. Primeiro, as provas denotam que a prefeitura do Município de Santo Antônio/RN contratou as empresas Dental Médica, Lacmed, Artmed, Erivaldo Ferreira da Silva e Hospdent para o fornecimento de medicamentos e outros materiais de saúde por meio de procedimentos de dispensa de licitação, que, embora tenham atentado para o limite previsto no art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93, o montante final extrapola essa limitação legal, ou seja, houve um fracionamento intencional das licitações, voltado exatamente para burlar o limite previsto em lei. Segundo, houve o descumprimento de uma série de formalidades, entre as quais: não consta, nos pareceres, a razão da escolha do fornecedor ou executante favorecido, nem a justificativa do preço contratado; não houve a publicação dos despachos de dispensa na imprensa oficial; os documentos sequer são numerados. Além disso, os procedimentos de dispensa foram constituídos de apenas três peças, realizadas praticamente em concomitância: quando não eram elaboradas na mesma data, eram concluídas em datas muito próximas, a reforçar a conclusão de que tais procedimentos sequer existiram de fato. Comprovada, portanto, a prática do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, deve ser negado provimento ao recurso defensivo, com a manutenção da sentença recorrida nesse ponto.

4. Além de algumas das aquisições terem sido realizadas por meio de dispensa indevida de licitação, as provas denotam que outras aquisições não só tiveram o procedimento burlado, como sequer existiram concretamente. Verificou-se que, ao menos com quatro empresas, a prefeitura dispensou a licitação e efetuou pagamento sem que os materiais fossem entregues. E mais: na tentativa de comprovar o recebimento dos produtos adquiridos, a edilidade apresentou notas fiscais inidôneas.

5. O exame das notas fiscais falsas em conjunto com outras provas que denotam a simulação de procedimentos licitatórios se mostra bastante para, neste processo, acolher o pedido do MPF e reformar a sentença, condenando o réu nas penas do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, ante a demonstração de desvio da verba pública federal.

6. Agora, se, por um lado, as notas são elementos que reforçam a comprovação da prática do crime de desvio, por outro, a falsidade não passou de meio para a consumação da irregularidade na



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

aplicação da verba pública, razão pela qual deve ser reconhecido o princípio da consunção, com a absorção do crime de uso de documento falso pelo crime fim.

7. Como já decidiu o STJ, *“a proibição do agravamento da situação do acusado, prevista no artigo 617 do Código de Processo Penal, também se estende aos casos em que há a anulação da decisão recorrida, por intermédio de recurso exclusivo da defesa ou por meio de impetração de habeas corpus, de tal sorte que o órgão julgador que vier a proferir novo julgamento ficará vinculado aos limites da pena in concreto imposta na decisão anulada, não podendo, de forma alguma, recrudescer a sanção, sob pena de operar-se a vedada reformatio in pejus indireta”* (EDcl no AgRg no AREsp 596663 / MG).

8. Desta forma, no tocante à dosimetria, passa a ser adotada a fundamentação do acórdão anulado: *“Dosimetria. Na escala de valores para fins de dosagem da pena a ser aplicada, deve ser atribuída maior gravidade aos crimes que envolvam violência, pois geralmente revelam um comportamento que merece uma censura penal mais rigorosa. Diante disso e considerando as circunstâncias dos autos, deve ser mantida, em relação ao crime do art. 89, da Lei nº 8.666/93, a repressão fixada pelo juízo recorrido no total de 4 anos e 6 meses e pena de multa de R\$ 383.676,48 (trezentos e oitenta e três mil, seiscentos e setenta e seis reais e quarenta e oito centavos), nos moldes fixados na sentença. 13. Em relação ao crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67, verifica-se a presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a) culpabilidade, porquanto o réu se valeu do expediente torpe de “fatiar” o objeto de licitação utilizando-se de documentos falsos para malversar o patrimônio público, cuja administração lhe fora confiada por seus eleitores; o que, se em razão do princípio da consunção, não é o bastante para delinear crimes autônomos (art. 89 da Lei nº 8.666/93 e 304 do CP), é razão suficiente para a exasperação da pena-base quanto ao crime-fim; b) conduta social, visto que o réu possui vários registros negativos no TCU, assim se entendendo julgamentos transitados em julgado de rejeição de contas, com determinação de devolução de valores, relativos a fatos diversos dos da presente ação penal (Acórdão nº 3672/09 - 2ª Câmara, Acórdão nº 3139/2010 - 1ª Câmara, Acórdão nº 2561/2011 - 1ª Câmara, Acórdão nº 2396/2011 - 1ª Câmara); c) consequências do crime, “haja vista que a errônea aplicação das verbas públicas pelo gestor prejudicou o usufruto, por parte da população, de direito básico constitucionalmente previsto, qual seja a saúde” (ACR*



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. ____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal **Élio Siqueira Filho**

10131, Rel. Des. Margarida Cantarelli, TRF 5 - Quarta Turma, DJE - Data: 26/09/2013). No mesmo sentido: ACR 9598, Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta (convocada), TRF 5 - Primeira Turma, DJE - Data: 01/08/2013. Diante disso, pela prática dessa conduta, aplica-se a pena-base acima do mínimo no montante de 4 (quatro) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa. Segunda fase. Ausentes atenuantes ou agravantes. Terceira fase. A princípio, considerando a existência de 41 dispensas indevidas de licitação e o conseqüente desvio dos respectivos valores, e já ser pacífico na jurisprudência que "no caso de sete infrações cometidas pelo paciente, correto o aumento da reprimenda na fração de 2/3 (dois terços)" (HC 200703075435, Felix Fischer, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:16/06/2008), aumenta-se a pena em 2/3, tornando-a definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. 14. Nos termos do art. 69 do CP, diante da diversidade material de condutas, aplicar-se-ão comutativamente as penas relativas aos dois crimes praticados. Isso posto, condena-se o réu à pena definitiva de 11 (onze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, 166 dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos e multa de R\$ 383.676,48 (trezentos e oitenta e três mil, seiscentos e setenta e seis reais e quarenta e oito centavos), nos moldes fixados na sentença, declarando-se ainda a sua inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, § 2º do Decreto-lei nº 201/67".

9. Apelação criminal da defesa não provida. Apelação criminal do MPF parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação criminal da defesa e dar parcial provimento à apelação criminal do MPF, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal **ÉLIO SIQUEIRA FILHO**
RELATOR