

**DOCUMENTO**

## JUNTADA APÓS A SENTENÇA

Recurso 00012356920134050000  
Tribunal TRF5  
Relator Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro  
Julgado em 27/03/2023

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FRAUDE A LICITAÇÃO. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

**EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FRAUDE A LICITAÇÃO. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSOS DE APELAÇÃO DA DEFESA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Como visto, trata-se de apelação criminal interposta pelas defesas de JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR, HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que julgou procedente o pleito autoral, imputando-lhes a conduta ímproba do artigo no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67.

2. A denúncia foi assim resumida na sentença (ID 4058404.4460719):

Narra a denúncia que em 16 de outubro de 2010 foi assinado o Convênio SIAFI nº 746743, entre o Ministério da Integração Nacional, por meio do DNOCS e a Prefeitura Municipal de Rafael Fernandes/RN, tendo sido vencedora no Processo Licitatório a empresa M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, para a construção de 03 (três) passagens molhadas no referido município.

Segundo a peça acusatória, no processo licitatório no qual a empresa supra saiu vitoriosa, frustrou-se o caráter competitivo do certame, tendo em vista que a Comissão Permanente de Licitação utilizou de itens não descritos no edital para desclassificar as outras empresas concorrentes. Ademais, a empresa em questão teria descumprido itens do edital, além disso, teria restado incomprovada a publicação do Edital de Licitação em jornal de grande circulação local, sendo-o apenas publicado no Diário Oficial da União.

Ainda, constatou-se, também, uma estreita relação entre as empresas licitantes, tendo a maior parte delas sede na cidade de Cajazeiras/PB ou sócios residentes no município, dando indícios de um possível conluio para fraudar o certame, visto que todas as empresas foram inabilitadas ou desclassificadas no decorrer do procedimento, para que não houvesse qualquer questionamento.

Acrescenta que o desvio de verbas ficou caracterizado em razão de: a) ausência de placas da obra, previstas no orçamento no valor unitário de R\$ 1.350,00 (um mil e trezentos e cinquenta reais); b) os acusados José Wilton Pinheiro Galvão e Harllington Luiz Avelino não conseguirem comprovar grande parte das transações identificadas nos extratos da empresa M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA realizadas com o repasse de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) por parte da Prefeitura Municipal de Rafael Fernandes; e c) o Laudo Pericial de Engenharia Civil, constante nas fls. 194/213 - id 40584044009802, detectou um superfaturamento no valor de R\$ 37.520,36 (trinta e sete mil quinhentos e

vinte reais e trinta e seis centavos) em razão de serviços não executados e pagos, além do valor de R\$ 5.669,88 (cinco mil seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), devido ao jogo de planilhas, totalizando um superfaturamento de R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, cento e noventa reais e vinte e quatro centavos), correspondente a 28,70% do valor calculado pela perícia.

3.A sentença condenou cada um dos apelantes a 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e à reparação dos danos causados, em solidariedade, no valor R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, centos e noventa reais e vinte e quatro centavos).

4.Irresignadas, as defesas apresentaram apelo, aduzindo em suma: preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de defesa ante o indeferimento de realização e prova pericial. No mérito, alegaram a "prevalência do princípio in dubio pro reo, pois não há elementos comprobatórios capazes de comprovar prática de ato de improbidade praticado pelo ora Recorrentes".

5.Contrarrrazões apresentadas (ID 4050000.15293583).

6.Parecer da Doutra PRR sob ID 4050000.15641796.

7.Este Julgador, antevendo a possibilidade de propositura de Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, converteu o julgamento em diligência para que o MPF, se entendesse ser o caso, propusesse a benesse (ID 4050000.25382489).

8.O MPF, manifestou-se pelo cabimento de ANPP sob ID 4058404.10693198.

9.Levando em consideração a propositura do ANPP, foi determinada a intimação pessoal dos réus para que manifestassem interesse em firmar o acordo, deixando explícito que a ausência de manifestação será entendida como não aceitação do ANPP (ID 4050000.30326020).

10.O réu JOSÉ WILTON peticionou informando o desinteresse em firmar ANPP (ID 4058404.11906106).

11.Consoante a certidão ID 4050000.35775701, os réus JOSÉ DE NICODEMO e HARLLINGTON não se manifestaram, apesar de pessoalmente intimados.

12.Revisto em essência, passemos a analisar os argumentos da defesa, iniciando, todavia, pela análise dos argumentos estampados no ato rechaçado:

SENTENÇA TIPO "D"

(RESOLUÇÃO CJF Nº 535, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2006)

I — RELATÓRIO

Trata-se de Ação Penal proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, inicialmente perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em face de JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR, HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO, imputando-lhes a prática dos crimes definidos no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967, com esteio nos fatos e fundamentos que elenca na exordial de id 4058404.4009805.

Narra a denúncia que em 16 de outubro de 2010 foi assinado o Convênio SIAFI nº 746743, entre o Ministério da Integração Nacional, por meio do DNOCS e a Prefeitura Municipal de Rafael Fernandes/RN, tendo sido vencedora no Processo Licitatório a empresa M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, para a construção de 03 (três) passagens molhadas no referido município.

Segundo a peça acusatória, no processo licitatório no qual a empresa supra saiu vitoriosa, frustrou-se o caráter competitivo do certame, tendo em vista que a Comissão Permanente de Licitação utilizou de itens não descritos no edital para desclassificar as outras empresas concorrentes. Ademais, a empresa em questão teria descumprido itens do edital, além disso, teria restado incomprovada a publicação do Edital de Licitação em jornal de grande circulação local, sendo-o apenas publicado no Diário Oficial da União.

Ainda, constatou-se, também, uma estreita relação entre as empresas licitantes, tendo a maior parte delas sede na cidade de Cajazeiras/PB ou sócios residentes no município, dando indícios de um possível conluio para fraudar o certame, visto que todas as empresas foram inabilitadas ou desclassificadas no decorrer do procedimento, para que não houvesse qualquer questionamento.

Acrescenta que o desvio de verbas ficou caracterizado em razão de: a) ausência de placas da obra, previstas no orçamento no valor unitário de R\$ 1.350,00 (um mil e trezentos e cinquenta reais); b) os acusados José Wilton Pinheiro Galvão e Harllington Luiz Avelino não conseguirem comprovar grande parte das transações identificadas nos extratos da empresa M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA realizadas com o repasse de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) por parte da Prefeitura Municipal de Rafael Fernandes; e c) o Laudo Pericial de Engenharia Civil, constante nas fls. 194/213 - id 40584044009802, detectou um superfaturamento no valor de R\$ 37.520,36 (trinta e sete mil quinhentos e vinte reais e trinta e seis centavos) em razão de serviços não executados e pagos, além do valor de R\$ 5.669,88 (cinco mil seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), devido ao jogo de planilhas, totalizando um superfaturamento de R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, cento e noventa reais e vinte e quatro centavos), correspondente a 28,70% do valor calculado pela perícia.

Os réus foram notificados para apresentar defesa preliminar, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.38/90 (Id 4058404.4009800).

O denunciado HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO, apresentou defesa preliminar, na qual alega que se trata de acusações levianas, que carecem de respaldo, uma vez que sequer teria conhecimento de quaisquer das empresas mencionadas na denúncia. Ademais, suscitou a inépcia da inicial, tendo em vista que não teria constado do fato criminoso, nem suas circunstâncias, bem como a individualização das condutas de cada denunciado, sendo carente, ainda, da descrição do elemento subjetivo das condutas descritas, sendo clara a hipótese da inépcia da denúncia. Pugna ainda pela sua absolvição (Id 4058404.4009806).

JOSÉ NICODEMO FERREIRA JÚNIOR, também apresentou defesa preliminar afirmando não haver qualquer prova de violação aos princípios norteadores da administração pública, não se caracterizando, assim, qualquer ato de improbidade, dado à ausência de má-fé por parte do agente (Id 4058404.4009807).

Os autos foram remetidos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região para a 10ª Vara Federal em Mossoró/RN, tendo em vista a incompetência superveniente daquele órgão (Acórdão no id 4058404.4009808).

Recebidos os autos na 10ª Vara Federal - Subseção Judiciária de Mossoró/RN, foi proferida decisão

declarando a incompetência daquele Juízo por terem os fatos criminosos sido praticados no Município de Rafael Fernandes/RN, inseridos na competência desta vara federal (Id 4058404.4009809).

A denúncia foi recebida em 19 de janeiro de 2018 (Id 4058404.4009810).

Citados, apresentaram resposta à acusação: a) HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO (Id 4058404.4009811) suscitando a preliminar de inépcia da inicial, sob o argumento de que a denúncia é genérica sem especificar as condutas praticadas pelos réus, e, quanto ao mérito, afirma que não há prova das condutas ilícitas narradas na denúncia, impondo-se sua absolvição; b) JOSÉ WILTON PINHEIRO (Id 4058404.4009814), alegando a preliminar de inépcia da denúncia sob o argumento de que foi acusado por fatos descritos genericamente, sem qualquer respaldo fático-probatório, concluindo que não se apropriou de bens ou de rendas públicas, nem os desviou em proveito próprio ou alheio; e c) JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JÚNIOR (Id 4058404.4009815) defende: 1) a ausência de prova de apropriação de bens ou rendas públicas ou o desvio em proveito próprio ou alheio, requerendo a desclassificação do crime imputado para o tipificado no art. 1º, inciso III do Decreto-Lei nº 201/67, 2) a regularidade do processo licitatório; 3) ausência de prejuízo ao erário e dolo.

Proferida decisão rejeitando a preliminar de inépcia e a absolvição sumária dos acusados (ID 4058404.4010039).

Realizada audiência de instrução e julgamento, em 13 de setembro de 2018, oportunidade em que foram colhidos os interrogatórios dos réus (Termo no id 4058404.4164378 e link para acesso a mídia no id 4058404.4164377).

Em ato contínuo, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou alegações finais, reiterando os termos da denúncia, requerendo a condenação dos réus pelos delitos tipificados no art. 90, da Lei 8.666/93 e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Por fim, os réus JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR, HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO apresentaram alegações finais defendendo a regularidade do processo licitatório e da obra executada. Sustentam que a obra não foi finalizada porque não foi repassada a totalidade da verba pela União.

É o relatório. Fundamento e decido.

## II — FUNDAMENTAÇÃO

### II — 1. Delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67

O Ministério Público Federal imputou aos denunciados JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR, HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO os crimes capitulados no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, cujo tipo penal do primeiro está descrito nos seguintes termos:

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

I — apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

O delito em tela consiste em "apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-las em proveito próprio ou alheio." Observa-se que este "apropriar-se" deve ter ânimo definitivo, sendo os bens meramente utilizados de forma indevida, consubstancia-se o delito previsto no Art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201/67.

Somente ocorre o crime em questão se a apropriação ou desvio se dão em proveito próprio ou alheio, ou seja, se a vantagem é dirigida ao Prefeito ou terceiro que obtém vantagem ilícita em detrimento da administração.

Trata-se de crime funcional de mão própria, que somente pode ser cometido por prefeito ou por quem esteja no exercício desse cargo. Admite-se, no entanto, a coautoria ou participação por parte de outros agentes, caso em que a qualidade de prefeito, por ser elementar do delito, comunica-se aos demais, nos termos do art. 30 do CP, desde que cientes da especial qualidade do coautor.

Nos termos da Súmula 164 do Superior Tribunal de Justiça o prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 201/67.

O sujeito passivo é o Estado. O elemento subjetivo é o dolo, não sendo admitida a forma culposa.

Dos documentos acostados aos autos, extrai-se que, em 16 de outubro de 2010, foi assinado o Convênio SIAFI nº 746743, entre o Ministério da Integração Nacional, por meio do DNOCS e a Prefeitura Municipal de Rafael Fernandes/RN, tendo sido vencedora no Processo Licitatório a empresa M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, para a construção de 03 (três) passagens molhadas no referido município, sendo para tanto liberada a quantia de R\$ 195.000,00 (cento e noventa e cinco mil) dos R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais), referente ao valor total do convênio.

A fim de executar o convênio, o Prefeito Municipal deflagrou a Tomada de Preço n. 01/2011 (Processo Licitatório nº 08/2011), em conjunto com o presidente, membros da comissão permanente de licitação do município e auxiliar da CPL, tendo participado deste certame sete empresas, sagrando-se vencedora M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA EPP (fls. 92/93 do apenso I do volume único - ID 4058404.4009798).

O referido certame licitatório visava selecionar a melhor proposta apresentada pelas empresas participantes da licitação para a construção de 03 (três) passagens molhadas, nos sítios Boi Morto e Maretas I e II na Zona Rural do município.

Ocorre que, durante a execução da obra foram verificadas diversas irregularidades pela Controladoria Geral da União, no Relatório de Auditoria nº 00190.024902/2011-11, a indicar possíveis desvio de verbas.

Dentre as conclusões da CGU, destaco: a) quando da análise das propostas de preço, após declarar o vencedor do certame, a saber: M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP, a comissão inabilitou as empresas Servcon Construções, por não apresentar o BDI e a Declaração de Preço Unitário; Pingo D Água Construções, por não atender ao item 31, letra "d"; São Bento Construções por desobedecer os itens 31, "d",

32, "d", letra "e", letra "f" letra "g" e letra "k", contudo os itens 31, "d", e 32, "d" a "h", não constam no edital de convocação, demonstrando um possível direcionamento do resultado da licitação; b) ausência de Boletins de Medição referente aos pagamentos realizados à empresa executora da obra; c) ausência de placa das obras; d) indicação de que as obras foram executadas pela própria prefeitura porque em visita às obras não foram encontrados funcionários da empresa contratada.

Além desses vícios que já demonstram indícios do desvio de verbas públicas do Convênio SIAFI nº 746743, a Polícia Federal confeccionou o Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 097/2014 - INC/DITEC/DPF (p. 194/44 do id. 4058404.4009801), o qual atestou um superfaturamento total de R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, centos e noventa reais e vinte e quatro centavos), conforme item IV.6.2 no qual conclui que o levantamento técnico - realizado no local da obra e com confrontação de dados - verificou um superfaturamento quantificado no montante de R\$ 37.520,36 (trinta e sete mil, quinhentos e vinte reais e trinta e seis centavos) em razão de serviços não executados e pagos, acrescido de superfaturamento de R\$ 5.669,88 (cinco mil, seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), em função de registros indevidos em jogo de planilhas.

Ademais, o laudo pericial detectou, ainda, que há recursos a serem devolvidos aos cofres públicos da União: a) o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), referente à diferença entre o que foi transferido pelo DNOCS (R\$ 195.000,00) e o montante medido no contrato (R\$ 190.000,00); b) o valor referente à contrapartida, uma vez que esta não teve sua aplicação comprovada, no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), totalizando R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

O relatório de auditoria especial da CGU e o Laudo Técnico de Engenharia Civil elaborado pela Polícia Federal demonstram a existência de diversas irregularidades no convênio, indicando a fraude do processo licitatório que escolheu a empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda, bem como desvio de verbas na execução da obra que ocasionaram prejuízo ao erário.

Ainda, a reforçar as provas já apuradas no relatório de auditoria especial da CGU e no Laudo Técnico de Engenharia Civil elaborado pela Polícia Federal, apurou-se através do afastamento do sigilo bancário da M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP a existência de várias transações bancárias suspeitas, sobre as quais, nem o sócio, nem o procurador da empresa souberam explicar.

Inicialmente foi identificado crédito em favor da empresa, no dia 03/08/2011, no valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), quantia esta divergente da constante em recibo apresentado pelo réu.

Na mesma data - 03/08/2011 - foram empreendidas diversas transações. Entre os beneficiários, encontra-se Márcia de Oliveira Ferreira, irmã do ex-prefeito, o réu JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JÚNIOR. Em seu depoimento de p. 228 do id. 4058404.4009801, Márcia de Oliveira Ferreira, dissimuladamente, atribuiu a quantia a suposto contrato informal de aluguel realizado por seu marido.

Contudo, nada apresentou a comprovar a sua versão dos fatos, sequer informou a localidade do suposto imóvel locado, levando-nos a crer na existência de ajuste entre o réu JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JÚNIOR e a empresa executante da obra.

Igualmente é de estranhar o fato de os demais beneficiários das transações bancárias desconhecerem a empresa, mesmo tendo sido beneficiados por transferências de valores por ela. No depoimento de p. 240 do id. 4058404.4009801, Francisco Xavier do Rego foi contundente em frisar que recebeu os valores - R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) - em decorrência do recebimento de dívidas, oriundas da prestação de serviços

por parte da empresa de sua titularidade à Prefeitura. Ademais, rememorou que o ex-prefeito ligou pessoalmente para o declarante, afirmando que depositaria a quantia devida, havendo, aliás, contato posterior para confirmar o depósito.

Como bem frisa o MPF, esse fato demonstra a atuação ativa do réu JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JÚNIOR na concretização do desvio, agindo pessoalmente no acordo, na ordenação de depósito e na validação da transação, bem como da empresa M&S EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA EPP que repassou valores a pessoas com as quais não possuía qualquer vínculo, seja negocial ou pessoal, a denotar o desvio das verbas públicas.

A análise do conjunto probatório encartado nos autos deixa claro que a licitação Tomada de Preços nº 01/2011 da Prefeitura de Rafael Fernandes/RN de fato não ocorreu, sendo elaborada para fins de camuflar o desvio de verba pública federal.

Por sua vez, o procurador e o empresário da empresa vencedora M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP, em sede de depoimento prestados em audiência também não souberam explicar as transferências bancárias suspeitas:

HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO, afirmou que houve a licitação, tendo participado desta e que a empresa, aqui na região, só realizou esta obra. Informou que acompanhou a obra e que conhece Márcia de Oliveira Ferreira por telefone, mas não sabe de seu parentesco com o ex-prefeito(43min a 44min); foi realizado mais do que foi pago, por isso paramos a obra (44min a 45min); na época a empresa estava com várias obras, não tendo como lembrar das transações bancárias (45min a 46min- link para acesso a mídia no id 4058404.4164377).

Por sua vez o sócio proprietário e administrador da empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP, em sede de audiência, disse que participou da licitação através do procurador e que a empresa tem sede em Macau, mas não soube explicar o porquê da transferência bancária realizada para Márcia de Oliveira Ferreira, irmã do ex-prefeito, o réu José de Nicodemo Ferreira Júnior (32min a 38min-link para acesso a mídia no id 4058404.4164377).

Assim, os fortes indícios que demonstram a simulação do procedimento licitatório Tomada de Preços n. 01/2011, aliada a não utilização da verba pública federal em sua integralidade em seu fim legítimo, evidenciam a materialidade do delito de apropriação e desvio de verba pública. Nesse sentido colhe-se precedente do Tribunal Regional da 5ª Região:

**PENAL. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE BENS OU RENDAS PÚBLICAS (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967). APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS.**

1. O Ministério Público Federal apelou da sentença que reconheceu comprovado o desvio dos recursos do Convênio no 7.168/1997 (R\$ 11.840,00, em 1998), celebrado entre o Município de São José da Laje (AL) e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, mas absolveu o apelado, por ausência de provas de sua responsabilidade criminal.

2. Como asseverou a sentença, a materialidade do tipo do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67 restou demonstrada por prova testemunhal e pelas conclusões do Tribunal de Contas da União e do FNDE, que rejeitaram as contas do convênio, em razão de o curso para capacitação de docentes não ter sido realizado

nem o material didático/pedagógico ter sido adquirido.

3. O ex-prefeito autorizou o saque dos recursos do convênio, assinando na frente, juntamente com a ex-secretária de educação do município, e no verso do cheque avulso. Apesar disso, o apelado não cumpriu a obrigação de utilizar as verbas do FNDE em conformidade com o plano de trabalho do convênio e prestou contas, com notas fiscais inidôneas, para demonstrar que o dinheiro que autorizou sacar fora aplicado na realização do curso para capacitação e na compra de material didático/pedagógico.

4. Não se trata de atribuir responsabilidade objetiva ou condenação sem culpa - que é vedada pelo Direito Penal brasileiro - pelo simples fato de o apelado, na época dos fatos, ocupar o cargo de prefeito municipal. A instrução criminal revelou a relação de causa e efeito entre a imputação e a atuação do recorrido na gestão do município (STJ, HC no 119.511/MG).

5. O exame desfavorável da culpabilidade, das circunstâncias, do motivo e das consequências do crime (art. 59 do Código Penal) autoriza exacerbar suavemente a pena-base acima do patamar mínimo, para 3 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MODALIDADE RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO (ART. 61 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

6.

Conforme o art. 109, IV, do CP, a prescrição da pena superior a dois anos e que não exceda a quatro anos perfaz-se no prazo de oito anos.

7. Se entre a data do desvio dos recursos do FNDE (art. 111, I, do CP), em 7 de janeiro de 1998, e o recebimento da denúncia (art. 117, I, do CP), em 5 de maio de 2010, decorreu lapso temporal superior a oito anos, é de se declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

8. Apelação do MPF provida. De ofício, nos termos do art. 61 do CPP, declarada extinta a punibilidade. (ACR 200605000414820, Desembargador Federal Fernando Braga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::16/01/2014 - Página::104.)

Outrossim, os réus nada trouxeram aos autos que pudessem afastar as condutas imputadas na denúncia.

Quanto às irregularidades apontadas pela CGU[1], apenas quanto à ausência de placas da obra apresentaram fotos. No entanto, a qualidade das imagens sequer permite identificar o local em que estas estavam afixadas.

No tocante à ausência de boletins de medição, apesar de afirmarem que os boletins estavam corretos, conforme se podia observar nos boletins anexos, sequer anexaram qualquer boletim de medição junto com suas alegações finais.

Com relação à ausência de funcionários da empresa na obra, afirmam que foram contratados funcionários diaristas sem registro em CPTS, pois a distância para trazer o pessoal para região não compensaria em razão do alto custo de deslocamento e como a região disponibilizava de pessoal restou contratado gente da própria cidade próxima, também por ser uma obra que teria um prazo de execução muito curto, por questão de clima "inverno", (período chuvoso), pois se o inverso fosse rigoroso não daria pra fazer a obra em tempo hábil.

Igualmente, não se sustentam essas razões, pois a CGU sequer mencionou a irregularidade de os trabalhadores não terem registro de CTPS. Na realidade, o que se observou foi que os trabalhadores não souberam nem informar para quem trabalhavam, causando estranheza que não conhecessem ao menos o encarregado da obra.

Assim, diante das provas, resta provado o desvio de verbas públicas. Da mesma forma, comprovam cabalmente a autoria delitiva.

De fato, a documentação que compõe o IPL nº 0450/2012, juntamente com as provas produzidas na instrução processual permitem concluir que, o acusado JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JÚNIOR, na condição de Prefeito do Município de RAFAEL FERNANDES, desviou parte dos recursos oriundos do Convênio SIAFI nº 746743, firmado entre o Ministério da Integração Nacional, por meio do DNOCS e a Prefeitura Municipal de Rafael Fernandes/RN, com o objetivo de construir três passagens molhadas na zona rural do município, com a participação dos acusados HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO, procurador e sócio proprietários da empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP.

Analisando os autos, verifico que os réus HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO, procurador e sócio proprietários da empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP não comprovaram em sua integralidade a utilização das verbas públicas federais destinadas pelo Ministério da Integração ao Município de Rafael Fernandes /RN, pois sequer souberam justificar as transferências bancárias realizadas diretamente da conta da empresa para beneficiários, que, ouvidos na delegacia de Polícia Federal, informaram não ter qualquer relação com a empresa, mas sim com a Prefeitura de Rafael Fernandes/RN.

O que restou demonstrado pelos elementos acima delineados é que os acusados não utilizaram as verbas na execução do objeto do programa, não havendo nos autos elementos que dêem sustentáculo à tese da defesa de que teria cumprido fielmente os termos do acordo.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região firmou a compreensão de que é admissível a co-autoria e a participação de terceiros nos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores previstos no Decreto-lei 201/67, senão vejamos:

PENAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DA CONDUTA DOS RÉUS NA LEI DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE CO-AUTORIA. MEMBRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO E SUPERVISOR DE OBRAS MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DE EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA UMA ÚNICA EMPRESA. SUPERVISOR QUE ATESTOU MEDIÇÕES DE OBRA NÃO REALIZADA. ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DE PAGAMENTO À EMPRESA. DOLO DOS AGENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO POSITIVA DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP. APELOS PROVIDOS EM PARTE.

1. Fatos que envolvem o desvio de verbas públicas oriundas do Convênio nº 855/97 firmado entre o Município de Ibimirim/PE e o Ministério de Planejamento e Orçamento no ano de 1997, e executado em 1998.

2. Admissível a co-autoria e a participação de terceiros nos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores previstos no Decreto-lei 201/67.
3. Autoria e materialidade comprovadas. Integrante da Comissão de Licitação que deixou de publicar em jornal de grande circulação local o Edital da obra, direcionando a licitação à uma única empresa, vencedora do certame. Supervisor da obra que atestou boletins de medição com dados falsificados para antecipar o pagamento da obra à dita empresa de forma indevida, no valor de cerca de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conduta direcionada à prática do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, acarretando desvio de verbas públicas do Convênio.
4. Apelantes que, no tocante à culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito granjearam conceito desfavorável relativo aos requisitos judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal, sendo respeitado o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal.
5. Sopesados os requisitos do art. 59, do Código Penal, e sendo as consequências dos delitos as geralmente esperadas para estes tipos de ilícito, e a primariedade, a conduta social, e os bons antecedentes, que não desabonam as condutas dos Agentes, deve ser reduzida a pena-base, fixada na sentença para os Réus em 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão para fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão.
6. Incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal apenas para o Apelante, ficando a pena dele em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão.
7. Penas definitivas de 03 (três) anos de reclusão para a Apelante e de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão.
8. Regime semi-aberto como inicial do cumprimento de pena. Em face do disposto no art. 44 do Código Penal, conversão das penas privativas de liberdade, em duas restritivas de direito, no caso, a prestação de serviços à comunidade em entidade a ser indicada pelo Juízo de Execução e a prestação pecuniária de 02 (duas) cestas básicas a entidade pública ou privada com destinação social, também a ser indicada pelo Juízo de Execução.
9. O lapso temporal a ser considerado, no caso, acha-se previsto no art. 109, V, do Código Penal, o qual estabelece em 08 (oito) anos, para a hipótese de o máximo da pena fixada ser superior a 02 (dois) anos e não exceder 04 (quatro) anos de reclusão. Entre a data dos fatos delituosos (10.03.1998 (com relação à Apelante) e 08.07.1998, com relação ao Apelante) e a data do recebimento da denúncia (09.02.2006), ainda não decorreram os oito anos necessários à declaração da prescrição.
10. Apelações providas em parte. (TRF5. PROCESSO: 200283000090447, ACR7373/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 14/06/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 18/06/2012 - Página 259)

Diante de todos os elementos descritos, estão sobejamente demonstradas a materialidade e a autoria do crime de responsabilidade tipificado no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, mormente por serem os acusados pessoas imputáveis e detentoras de potencial conhecimento da ilicitude de seu comportamento, sendo-lhe plenamente exigível conduta diversa.

Na espécie, a conduta dos acusados é típica, no sentido formal, correspondendo perfeitamente ao tipo penal

aludido, uma vez que o acusado JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JÚNIOR, na condição de prefeito do Município de Rafael Fernandes/RN, desviou em proveito de HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO, procurador e sócio proprietários da empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP, verbas públicas federais relativas ao contrato de repasse supramencionado, através do direcionamento da licitação.

O dolo (elemento subjetivo do tipo) está presente na conduta dos réus, uma vez que se constatou que o ex-prefeito, deliberadamente desviou verba federal em proveito de terceiro, revelando que os acusados possuíam consciência da conduta e do resultado, consciência do nexos causal entre a conduta e o resultado, bem como que tiveram vontade livre e consciente de realizar a conduta e de provocar o resultado pretendido.

A tipicidade material decorre da lesão ou ameaça de lesão da conduta ao bem jurídico tutelado, no caso, o erário público. Com efeito, o Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 097/2014 - INC/DITEC/DPF (p. 194/44 do id. 4058404.4009801), concluiu um superfaturamento total de R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, centos e noventa reais e vinte e quatro centavos), conforme item IV.6.2 no qual conclui que o levantamento técnico - realizado no local da obra e com confrontação de dados - verificou um superfaturamento quantificado no montante de R\$ 37.520,36 (trinta e sete mil, quinhentos e vinte reais e trinta e seis centavos) em razão de serviços não executados e pagos, acrescido de superfaturamento de R\$ 5.669,88 (cinco mil, seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), em função de registros indevidos em jogo de planilhas.

A tipicidade, uma vez constatada, carrega, já, um indício de ilicitude (ou antijuridicidade), a qual deve ser entendida como a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que se dá quando não concorrem quaisquer das causas de exclusão da ilicitude, sejam as legais do art. 23 do CP, sejam quaisquer outras causas que a doutrina chama de supralegais.

No caso, a antijuridicidade da conduta dos réus decorrem, de forma indiciária, da tipicidade penal dos fatos, restando cabalmente constatada por não existirem quaisquer causas de exclusão da ilicitude.

A culpabilidade dos acusados infere-se de serem eles penalmente imputáveis à época dos fatos, de ser-lhe exigível que adotassem conduta diversa da que adotaram, bem como ser, não só potencialmente, mas também efetivamente conscientes da ilicitude praticada. Por essa razão, incide sobre suas condutas um juízo de reprovabilidade que tem como consequência a imposição de uma sanção, de uma pena, como resposta estatal ao ilícito por eles praticado.

## II — 5. DO DELITO DO ART. 90 DA LEI Nº 8666/93. ABSORÇÃO DO DELITO DO ART. 90 DA LEI Nº 8666/93 PELO DELITO DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/1967

In casu, o órgão acusador, na peça acusatória (ID 4058404.4009805), imputou também aos réus, em concurso material com o delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, o cometimento do crime tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93:

Art.

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

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

Às fls. 810 e seguintes dos apensos do volume único (ID 4058404.4009798) consta cópia de partes do procedimento licitatório Tomada de Preço nº 01/2011 realizado pelo Município de Rafael Fernandes/RN com o objeto de construção de 03 (três) passagens molhadas, nos sítios Boi Morto e Maretas I e II na Zona Rural deste município.

Com efeito, o órgão de controle externo, ao fiscalizar os recursos relativos ao Ministério da Integração transferidos ao Município de Rafael Fernandes/RN, constatou diversas irregularidades na licitação Tomada de Preço nº 01/2011, tais como: a) O processo licitatório não estava formalizado, a documentação estava guardada em uma pasta sem qualquer formalização; b) toda a documentação referente à Prefeitura, ou seja, à contratante, edital, projetos, especificações técnicas, declarações, parecer jurídico, não estavam assinadas; c) quando da análise das propostas de preço, após declarar o vencedor do certame, a saber: M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP, a comissão inabilitou as empresas Servcon Construções, por não apresentar o BDI e a Declaração de Preço Unitário; Pingo D Água Construções, por não atender ao item 31, letra "d"; São Bento Construções por desobedecer os itens 31, "d", 32, "d", letra "e", letra "f" letra "g" e letra "k", contudo os itens 31, "d", e 32, "d" a "h", não constam no edital de convocação demonstrando o direcionamento do vencedor do certame; d) edital foi publicado apenas no Diário Oficial da União;

Com efeito, a análise do conjunto probatório encartado nos autos deixa claro que a licitação Tomada de Preço nº 01/2011 da Prefeitura de Rafael Fernandes/RN, foi conduzida ao arrepio da Lei, já que houve uma escolha prévia do vencedor do certame, demonstrando a materialidade do delito estampado no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, a Controladoria-Geral da União detectou o possível caráter fantasma da empresa vencedora, uma vez que constatou que o endereço fornecido pela empresa à Receita Federal constitui, na verdade, o arquivo "morto" do Fórum da Cidade de Macau/RN e, anteriormente, o local já foi sede de um escritório de contabilidade, o que reforça o caráter fraudulento do procedimento licitatório (Título "DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO", de p. 57/58 do id. 4058404.4009803).

A corroborar a fraude, como bem pontuou o Parquet, verifica-se alguns vínculos entre os sócios das empresas participantes do procedimento licitatório: a) Francisco Justino do Nascimento, sócio-administrador da empresa Servcon Construções, Comércio e Serviços Ltda, durante um período considerável, foi sócio da empresa Imcon. Em determinados momentos, integrou os quadros da empresa concomitantemente com o atual sócio-administrador desta, José Kennedy Leandro Gomes (p. 17 e 18 do id. 4058404.4009802); b) José Kennedy Leandro Gomes também é sócio da empresa Concretex Construções, que tem por um dos sócios Moacir Viana Sobreira, que também compõe o quadro societário da Vetor Premoldados.

Interpretando o art. 90 da Lei 8.666/93, entende-se por frustrar o ato de malograr ou tornar inútil a competitividade da licitação, ou seja, ato pelo qual se "impede a disputa no procedimento licitatório".[2] Já a conduta de fraudar significa utilizar-se de meios, instrumentos, artifícios falsos ou desonestos, com o desiderato de enganar alguém, ludibriando ou prejudicando terceiras pessoas ou, nesses casos, os demais licitantes ou o Poder Público, que está interessado em selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público. Em outras palavras, a segunda modalidade (fraudar) do tipo penal em análise "envolve o ardil pelo qual o sujeito impede a eficácia da competição".[3] Convém anotar também que o ajuste, combinação ou qualquer outro expediente poderá ser utilizado tanto para frustrar como para fraudar o caráter competitivo[4].

Complementando, evidencia-se que o delito é classificado, segundo GUILHERME DE SOUZA NUCCI[5],

como crime "próprio (só pode ser cometido por participante da licitação)". Contudo, é de se entender por participante da licitação tanto o particular que concorre na licitação quanto o servidor que atua no procedimento. Sob esta perspectiva, JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR comenta que o "delito pode ser cometido por qualquer um, não se descartando a hipótese de concurso entre o particular e o servidor público"[6].

Por outro lado, o delito é classificado como formal, na medida em que não se exige resultado naturalístico para a consumação, que corresponde ao efetivo prejuízo para a Administração. É de se ver, portanto, que o relevante para consumação desse tipo penal é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre os participantes da licitação, por qualquer mecanismo, o que, conforme demonstrado, ocorreu na hipótese dos autos.

Demais disso, convém perceber que, no exame do elemento subjetivo do tipo, é necessário o dolo específico, uma finalidade particular, que ultrapassa os limites do fato material, representado na vontade de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, destinando-se para si ou para outrem. Assim, nessa figura típica, não se admite a forma culposa.

Portanto, para a configuração do tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/93 é indispensável a presença do dolo específico consistente na intenção de obter vantagem decorrente da adjudicação, além de efetivo dano ao erário.

Na espécie, verifico que, em verdade, como já afirmado, houve mera aparência de competição entre os licitantes, uma vez que desde o início já se sabia quem iria vencer as licitações. Competição, no sentido exigido pela Lei de Licitações de disputa para obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, efetivamente não existiu.

Nesse contexto, não há dúvida que a conduta narrada consubstancia-se em terem os réus frustrado o caráter competitivo das licitações, com o fim de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação ou propiciar que outrem a obtivesse.

Devidamente demonstrada a ocorrência dos delitos de desvio de verba pública (art. 1º, inciso I, Decretol-Lei nº 201/67) e fraude de licitação (art. 90, Lei nº 8.666/93).

No entanto, a análise das provas constantes dos autos revela que a fraude da licitação capitulada no art. 90, da Lei nº 8.666/93, perpetrada pelos réus, teve como único fim o desvio das verbas públicas destinadas à construção de 03 (três) passagens molhadas na zona rural do município de Rafael Fernandes, de modo que se configurou como meio para a prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, Decretol-Lei nº 201/67. Assim, considerando que, uma vez desviado as verbas públicas, a fraude operada não apresenta mais potencialidade lesiva, aplica-se ao caso o princípio da consunção, onde o crime-meio é absorvido pelo crime-fim, de maneira que a fraude da licitação é absorvida pelo referido crime de desvio de verba pública.

Acerca do princípio da consunção, leciona Damásio de Jesus[7]:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens*

derogat legi consumptae".

Leia-se trecho da obra de Rogério Greco[8] sobre o tema:

"Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; nos casos de antefato e pós-fato impuníveis: Os fatos, segundo Hungria, "não se acham em relação de species a genus, mas de minus a plus, de parte a todo, de meio a fim". Assim, a consumação absorve a tentativa e esta absorve o incriminado ato preparatório; o crime de lesão absorve o correspondente crime de perigo; o homicídio absorve a lesão corporal; o furto em casa habitada absorve a violação de domicílio, etc. Antefato impunível seria a situação antecedente praticada pelo agente a fim de conseguir levar a efeito o crime por ele pretendido inicialmente e que, sem aquele, não seria possível. Para se praticar um estelionato com cheque que o agente encontrou na rua, é preciso que cometa um delito de falso, ou seja, é preciso que o agente o preencha e o assine. O preenchimento e a falsa assinatura aposta ao cheque são considerados antefatos impuníveis, necessários para que o agente cometesse o delito-fim, isto é, o estelionato. Deixando transparecer a sua posição com relação aos crimes de falso e estelionato, o STJ editou a Súmula nº 17, com a seguinte redação: "quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade ofensiva, é por este absorvido".

Nesse sentido, colha-se precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, in verbis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/1993. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA DO LAPSO TEMPORAL DO ART. 109, IV, DO CÓDIGO PENAL, PARA AS PENAS EM CONCRETO APLICADAS. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. CONTINUIDADE DELITIVA. DEFESA DOS FATOS NARRADOS NA PEÇA ACUSATÓRIA E NÃO DA CAPITULAÇÃO DADA. ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OBRIGATORIEDADE DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO CRIME-MEIO (MENOS GRAVE) PELO CRIME-FIM (MAIS GRAVE). APLICABILIDADE. DEMONSTRADOS MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS E O DOLO NO AGIR. ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA. PERFEITA FUNDAMENTAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E DOS CRITÉRIOS TRIFÁSICOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. EXACERBAÇÃO DA PENA. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A PARTIR DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA POUCO ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I — Ausente o trânsito em julgado para a acusação e, ainda, não se vislumbrando, dentre os marcos interruptivos (recebimento da denúncia e sentença condenatória), a extrapolação do lapso temporal, no caso para todas as penas em concreto aplicadas, de 8 (oito) anos, a teor do art. 109, IV, do Código Penal, por superiores a 2 (dois) anos e inferiores a 4 (quatro) anos, não há que se falar na ocorrência da prescrição retroativa.

II — A caracterização da continuidade delitiva não indicada na peça acusatória se revela definição jurídica diversa em que não se modifica a descrição dos fatos narrados, mas apenas os detalhando a par dos documentos constantes dos autos, não ensejando a necessidade de aditamento da denúncia ou nulidade por suposto cerceamento de defesa, por prevista a hipótese no art. 383 do Código de Processo Penal, além do que os réus se defendem dos fatos e não da capitulação dada pela acusação.

III — O ilícito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 é crime próprio e mais grave do que o previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, vez que aquele é punido com reclusão e este com detenção, tendo aquele pena máxima de 12 (doze) anos e este de 4 (quatro) anos, de modo que, este último que, em princípio tem existência própria e visa proteger os princípios administrativos da competitividade, isonomia e moralidade, constituiu apenas uma etapa do iter criminis do delito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, constituindo-se, em verdade, crime-meio, o qual restou absorvido pelo crime-fim, em razão do princípio da consunção.

IV — O conjunto probatório carreado aos autos, de onde se destaca o contrato firmado para a execução da obra, parecer técnico após encerrada a vigência do convênio em que se constata a inexecução da obra, extratos bancários e cópia dos cheques destinados ao pagamento dos serviços que não vieram a ser realizados, com as correspondentes notas fiscais inidôneas e recibos, Tomada de Contas Especial e acórdão do Tribunal de Contas da União, além do depoimento de testemunhas, comprova a materialidade e a autoria delitiva, bem como o dolo no agir, afastando qualquer suposição de insuficiência de prova à condenação.

V — O sopesamento das circunstâncias judiciais mostra-se fundamentado, com perfeito cumprimento do preceituado nos arts. 59 e 68 do Código Penal, restando ausente razão a nulificar a sentença por suposta discordância ao sistema trifásico, ou mesmo entender necessária exasperação da pena por não ponderadas de acordo com o contido nos autos.

VI — Presente circunstâncias judiciais em desfavor do réu é de se dissociar do mínimo legal a pena base.

VII — Adotando-se um critério objetivo a partir das circunstâncias desfavoráveis, favoráveis e neutras, no caso concreto, tem-se por pertinente a exasperação como a proferida na sentença.

VIII — Apelações improvidas para manter a sentença em todos os seus termos. (PROCESSO: 200882010020624, ACR10951/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 13/01/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 22/01/2015 - Página 182). Grifos acrescidos.

Nesse contexto, preenchidos no caso concreto os requisitos aptos a ensejar aplicabilidade do princípio da consunção, verifica-se que o crime do art. 90, da Lei nº 8.666/93 restou absorvido, incidindo a conduta dos réus na prática de um crime único, qual seja, o crime do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Diante de todos os elementos descritos, estão sobejamente demonstradas a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967, mormente por serem os acusados pessoas imputáveis e detentoras de potencial conhecimento da ilicitude de seus comportamentos, sendo-lhes plenamente exigível conduta diversa.

### III — DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo o processo para CONDENAR os réus JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR, HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Passo a DOSAR A PENA, obedecendo aos ditames do art. 68 do Código Penal e analisando as

circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma, a eventual existência de circunstâncias agravantes e atenuantes ou causas de aumento ou diminuição de pena, bem como, ao final, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por pena(s) restritiva(s) de direito.

### III.1 - PENA DE JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR

Considerando que: a) que o réu agiu com culpabilidade em grau médio, em virtude do nível normal de consciência da inadequação social de sua conduta demonstrado pelo fato ser gestor municipal, o qual devia zelar pela coisa pública e não concorrer para seu dano; b) não há nos autos notícias de que o réu possui maus antecedentes, por isso deixo de valorá-la; c) faltam elementos que desabonem sua conduta social, portanto deixo de valorá-la; d) não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, portanto deixo de valorá-la; e) os motivos do crime são inerentes ao tipo, visto que consistiram em obter vantagem indevida, não havendo o que se valorar; f) circunstâncias do delito são inerentes ao tipo, pois a vantagem indevida era obtida mediante a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, nada tendo a valorar; g) que as consequências do crime foram normais a espécie, nada tendo a valorar; h) a vítima, em sendo o Poder Público, em nada contribuiu para o cometimento do ilícito, nada havendo a valorar.

Assim sendo, de 08 (oito) circunstâncias judiciais apreciadas, 01 (uma) se mostra desfavorável (culpabilidade) e 07 (sete) neutras. Portanto, em análise detida do caso concreto, e considerando que a pena em abstrato prevista no preceito secundário do tipo do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/1967, varia de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, deve-se fixar a pena-base em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, sopesando o patamar de 1/8 (um oitavo) da pena-média (diferença entre as penas mínima e máxima cominadas) para cada circunstância favorável ou desfavorável.

CONSIDERANDO a inexistência de circunstâncias agravantes/atenuantes, ou causa de aumento/diminuição, torno a pena aplicada em concreta e definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

#### III.1.1 - Do Regime Inicial do Cumprimento de Pena

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, e em observância às circunstâncias judiciais definidas no art. 59, caput, do Estatuto Repressivo, o regime de cumprimento de pena será inicialmente aberto e em estabelecimento penal a ser definido pelo Juízo das Execuções Penais.

#### III.1.2 - Substituição da Pena Privativa de Liberdade

Outrossim, afigurando-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal, pois a pena aplicada não é superior a quatro anos; o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; o réu é primário; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do delito indicam que a substituição ali prevista é suficiente à repressão do delito perpetrado, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade fixada por DUAS penas restritiva de direitos, nos termos do referido art. 44, § 2º, 2ª parte, na modalidade de prestação pecuniária (art. 43, inciso I, CP) e de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, inciso IV, e 46, ambos do Código Penal), sob as condições a serem fixadas pelo juiz da execução, após o trânsito em julgado desta sentença, em audiência admonitória a ser designada.

#### III.1.3 - Da Custódia cautelar

Não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, motivo pelo qual sua custódia cautelar não deve ser

decretada.

### III.2 - PENA DE JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO

Considerando que: a) que o réu agiu com culpabilidade que o réu agiu com culpabilidade em grau médio, em virtude do nível normal de consciência da inadequação social de sua conduta demonstrado pela forma de colaboração com um gestor municipal para se beneficiar com o desvio das verbas públicas, já que a sua empresa foi executante da obra; b) não há nos autos notícias de que o réu possui maus antecedentes, por isso deixo de valorá-la; c) faltam elementos que desabonem sua conduta social, portanto deixo de valorá-la; d) não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, portanto deixo de valorá-la; e) os motivos do crime são inerentes ao tipo, visto que consistiram em obter vantagem indevida, não havendo o que se valorar; f) circunstâncias do delito são inerentes ao tipo, pois a vantagem indevida era obtida mediante a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, nada tendo a valorar; g) que as consequências do crime foram normais a espécie, nada tendo a valorar; h) a vítima, em sendo o Poder Público, em nada contribuiu para o cometimento do ilícito, nada havendo a valorar.

Assim sendo, de 08 (oito) circunstâncias judiciais apreciadas, 01 (uma) se mostra desfavorável (culpabilidade) e 07 (sete) neutras. Portanto, em análise detida do caso concreto, e considerando que a pena em abstrato prevista no preceito secundário do tipo do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/1967, varia de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, deve-se fixar a pena-base em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, sopesando o patamar de 1/8 (um oitavo) da pena-média (diferença entre as penas mínima e máxima cominadas) para cada circunstância favorável ou desfavorável.

CONSIDERANDO a inexistência de circunstâncias agravantes/atenuantes, ou causa de aumento/diminuição, torno a pena aplicada em concreta e definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

#### III.2.1 - Do Regime Inicial do Cumprimento de Pena

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, e em observância às circunstâncias judiciais definidas no art. 59, caput, do Estatuto Repressivo, o regime de cumprimento de pena será inicialmente aberto e em estabelecimento penal a ser definido pelo Juízo das Execuções Penais.

#### III.2.2 - Substituição da Pena Privativa de Liberdade

Outrossim, afigurando-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal, pois a pena aplicada não é superior a quatro anos; o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; o réu é primário; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do delito indicam que a substituição ali prevista é suficiente à repressão do delito perpetrado, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade fixada por DUAS penas restritiva de direitos, nos termos do referido art. 44, § 2º, 2ª parte, na modalidade de prestação pecuniária (art. 43, inciso I, CP) e de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, inciso IV, e 46, ambos do Código Penal), sob as condições a serem fixadas pelo juiz da execução, após o trânsito em julgado desta sentença, em audiência admonitória a ser designada.

#### III.2.3 - Da Custódia cautelar

Não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, motivo pelo qual sua custódia cautelar não deve ser decretada.

### III.3 - PENA DE HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO

Considerando que: a) que o réu agiu com culpabilidade que o réu agiu com culpabilidade em grau médio, em virtude do nível normal de consciência da inadequação social de sua conduta demonstrado pela forma de colaboração com um gestor municipal para se beneficiar com o desvio das verbas públicas; b) não há nos autos notícias de que o réu possui maus antecedentes, por isso deixo de valorá-la; c) faltam elementos que desabonem sua conduta social, portanto deixo de valorá-la; d) não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, portanto deixo de valorá-la; e) os motivos do crime são inerentes ao tipo, visto que consistiram em obter vantagem indevida, não havendo o que se valorar; f) circunstâncias do delito são inerentes ao tipo, pois a vantagem indevida era obtida mediante a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, nada tendo a valorar; g) que as consequências do crime foram normais a espécie, nada tendo a valorar; h) a vítima, em sendo o Poder Público, em nada contribuiu para o cometimento do ilícito, nada havendo a valorar.

Assim sendo, de 08 (oito) circunstâncias judiciais apreciadas, 01 (uma) se mostra desfavorável (culpabilidade) e 07 (sete) neutras. Portanto, em análise detida do caso concreto, e considerando que a pena em abstrato prevista no preceito secundário do tipo do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/1967, varia de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, deve-se fixar a pena-base em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, sopesando o patamar de 1/8 (um oitavo) da pena-média (diferença entre as penas mínima e máxima cominadas) para cada circunstância favorável ou desfavorável.

CONSIDERANDO a inexistência de circunstâncias agravantes/atenuantes, ou causa de aumento/diminuição, torno a pena aplicada em concreta e definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

#### III.3.1 - Do Regime Inicial do Cumprimento de Pena

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, e em observância às circunstâncias judiciais definidas no art. 59, caput, do Estatuto Repressivo, o regime de cumprimento de pena será inicialmente aberto e em estabelecimento penal a ser definido pelo Juízo das Execuções Penais.

#### III.3.2 - Substituição da Pena Privativa de Liberdade

Outrossim, afigurando-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal, pois a pena aplicada não é superior a quatro anos; o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; o réu é primário; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do delito indicam que a substituição ali prevista é suficiente à repressão do delito perpetrado, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade fixada por DUAS penas restritiva de direitos, nos termos do referido art. 44, § 2º, 2ª parte, na modalidade de prestação pecuniária (art. 43, inciso I, CP) e de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, inciso IV, e 46, ambos do Código Penal), sob as condições a serem fixadas pelo juiz da execução, após o trânsito em julgado desta sentença, em audiência admonitória a ser designada.

#### III.3.3 - Da Custódia cautelar

Não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, motivo pelo qual sua custódia cautelar não deve ser decretada.

### III — 4 - Da fixação do valor mínimo decorrente dos prejuízos ocasionados

Em atenção ao art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008, deve constar, da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, devendo o julgador levar em consideração os prejuízos sofridos pelo(s) ofendido(s).

No caso sob exame, tendo em vista que o valor referente aos prejuízos financeiros causados pela prática está devidamente especificado nos autos, conforme Laudo de Perícia Criminal Federal, realizado pela Polícia Federal (p. 194/44 do id. 4058404.4009801), o qual atestou um superfaturamento total de R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, centos e noventa reais e vinte e quatro centavos), fixo como valor mínimo para reparação dos danos causados, em solidariedade, o valor R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, centos e noventa reais e vinte e quatro centavos), acrescidos de juros e correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

### IV — Providências Finais

Após o trânsito em julgado: a) lance-se o nome dos réus no Rol dos Culpados; b) comunique-se ao TRE para os efeitos do art. 15, III, da CF/88; c) Oficie-se ao DPF informando o teor desta sentença, para os fins de atualização da base de dados do INFOSEG, mediante comando via SINIC.

Tendo em vista que se trata de prática de crime de responsabilidade previsto no Decreto-Lei nº. 201/67, deve ser imposto aos réus JOSÉ DE NICODEMO FERREIRA JUNIOR, HARLLINGTON LUIZ AVELINO PINHEIRO e JOSÉ WILTON PINHEIRO GALVAO, como efeito automático da condenação, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 1º, § 2º, do referido diploma legal, sua INABILITAÇÃO, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo e função pública, eletivo ou de nomeação.

Deixo de condenar os réus na sanção de perda do cargo público, prevista no mesmo dispositivo, em razão de este não mais exercer o cargo de prefeito.

Os acusados ora condenados responderão pelas custas do processo, que deverão ser pagas em 10 (dez) dias, após a intimação para esse fim.

Publicação decorre da validação eletrônica.

Pau dos Ferros/RN, data da validação eletrônica.

13. Como sinalado, o juízo - de maneira clara, precisa e alinhavada em elementos técnicos e provas-, deixou evidente a autoria e materialidade do delito.

14. A partir de auditoria realizada pela Controladoria-Geral da União - CGU (Relatório de Auditoria nº 00190.024902/2011-11), foram constatadas diversas irregularidades durante a execução das obras de construção de três passagens molhadas na zona rural município de Rafael Fernandes/RN pela empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP.

15. O Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 097/2014 - INC/DITEC/DPF elaborado pela Polícia Federal atestou o superfaturamento total de R\$ 43.190,24 (quarenta e três mil, centos e noventa reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 37.520,36 (trinta e sete mil, quinhentos e vinte reais e trinta e seis centavos) em

razão de serviços não executados e pagos, e superfaturamento de R\$ 5.669,88 (cinco mil, seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), em função de registros indevidos em jogo de planilhas.

16. Outrossim, através da quebra do sigilo bancário da empresa M&S Empreendimentos e Serviços Ltda EPP, foram identificadas diversas transações bancárias suspeitas, que não foram explicadas nem pelo sócio ou pelo administrador da referida empresa nem pelos beneficiários.

17.No que diz respeito a aventada nulidade do feito, em virtude do cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento de perícia técnica, a alegação não se sustenta.

18.A um, porque não houve requerimento pela defesa dos apelantes nesse sentido na audiência de instrução (ou em outro momento processual).

19.A dois porque, o § 1º do art. 464 do CPC dispõe que o juiz deverá indeferir a realização da perícia quando os autos já se fizerem devidamente instruídos pelas provas até então produzidas, de modo que a prova pericial seja desnecessária para elucidar os fatos. No caso em tela restou clara a desnecessidade de produção de prova pericial, diante dos elementos já contidos nos autos.

20.Do mesmo modo, não merece prosperar a tese de prevalência do princípio in dubio pro reo. Como anteriormente aduzido, a autoria e a materialidade do delito restaram amplamente comprovadas e foram muito bem detalhadas na sentença.

21.Com essas considerações, nego provimento às apelações, mantendo a sentença em todos os seus termos.

22. Apelações das defesas improvidas.

Nbm