



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 23.695/CS

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 130.544 – MG

RECORRENTE: ANTONIO CARLOS MESQUITA

RECORRENTE: FERNANDO TADEU DE MESQUITA

ADVOGADO: FLÁVIO BOSON GAMBONI E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. FRAUDE À LICITAÇÃO E CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ABSORÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993 PELO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS, QUE TUTELAM BENS JURÍDICOS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Antônio Carlos Mesquita e Fernando Tadeu Mesquita**¹, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou o HC nº 275.909/MG, nos termos da seguinte ementa:

“*HABEAS CORPUS*. FRAUDE À LICITAÇÃO E CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS PELO ADVOGADO ENTÃO CONSTITUÍDO PELOS ACUSADOS. CONTRATAÇÃO DE NOVO PATRONO. INOVAÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS EM MEMORIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA NÃO APRECIACÃO DOS TEMAS PELA CORTE ESTADUAL. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

¹ Os recorrentes foram condenados às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 5 (cinco) anos de detenção, a serem cumpridas no regime inicial fechado, além do pagamento de 116 (cento e dezesseis) dias-multa, como incurso no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 e no artigo 89 da Lei 8.666/1993, sem prejuízo da inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo, emprego ou função pública, eletivo ou de nomeação.

1. Os advogados então constituídos pelos pacientes arrazoaram regular e tempestivamente o recurso, sendo que durante o trâmite da apelação os novos causídicos por ele contratados ofertaram memoriais nos quais suscitaram a ocorrência de violação aos princípios do *non bis in idem* e da consunção, temas que não foram analisados pela Corte Estadual por terem sido arguidos por ocasião das razões recursais.

2. Tal procedimento não pode ser acoimado de ilegal, pois, uma vez praticado o ato processual, este, como regra no direito processual pátrio, é abarcado pelo instituto da preclusão consumativa, não se podendo admitir que as partes apresentem novas teses recursais em sede de memoriais, mesmo depois de haverem regularmente as ofertado suas razões de apelação nos autos, o que, além de acarretar tumulto processual, fere o princípio do contraditório, pois enseja desequilíbrio entre os sujeitos atuantes no processo. Precedente.

ABSORÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993 PELO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELOS ILÍCITOS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada absorção do delito de fraude à licitação pelo ilícito previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/1967, além de demandar o estudo aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, já foi rechaçada por esta colenda Quinta Turma, que consignou que não há subsunção entre os crimes em questão, cujos bens jurídicos tutelados são distintos, não se podendo afirmar que o primeiro seria meio necessário para o último.

3. Ordem denegada.”

2. Em suas razões a defesa insiste no pedido de reconhecimento da absorção do crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993 pelo delito do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967. Assevera que o princípio do *non bis in idem* e da consunção são matérias de ordem pública, que não sujeitas à preclusão, por isso, deveriam ter sido enfrentadas pelo TJMG, em sede de apelação, ainda que somente alegadas em memoriais e defendidas na sustentação oral na sessão de julgamento da irresignação.

3. Afirma, por fim, que para a verificação do *bis in idem* é desnecessário estudo aprofundado do conjunto probatório, pois a “*condenação por desvio de dinheiro público tem azo nas notas fiscais e de empenho acostada aos autos, as quais, por sua vez, tem como lastro justamente as contratações diretas (sem licitação) tidas como ilegais*”.

4. Preliminarmente, o presente recurso ordinário não merece ser conhecido, porque intempestivo, tendo em vista que o acórdão que denegou o *habeas corpus* foi disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 13/5/2015 e considerado publicado em 14/5/2015, nos termos do art. 4º, §3º, da Lei nº 11.419/2006, e o apelo foi protocolizado somente em 29/5/2015, quando já extrapolado o prazo legal de 5 dias previsto nos arts. 30 da Lei nº 8.038/90 e 310 do RISTF. Neste sentido, RHC nº 95.768/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 07/11/2008.

5. Por outro lado, o recurso ordinário também não comporta admissão pois o exame da questão deduzida – absorção do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 pelo crime do art. 1º, I, do Decreto Lei 201/67 – impõe a essa Corte a análise do contexto fático-probatório da causa, tendo em vista que a existência da alegada relação de instrumentalidade entre os crimes somente pode ser afirmada após o exame do contexto em que se consumaram os dois delitos.

6. Como ensina Damásio de Jesus, “*na relação consuntiva não há o liame lógico que existe na da especialidade. A conclusão é alcançada não em decorrência da comparação entre as figuras típicas abstratas, mas sim pela configuração concreta do caso de que se trata*”² (grifos acrescentados).

7. É necessário, portanto, examinar os fatos e as provas para concluir se um dos crimes foi meio necessário ou instrumento para a consumação do outro, de maior gravidade. E esse exame, conforme reiterada e pacífica jurisprudência dessa Suprema Corte, não pode ser feito em sede de *habeas corpus*, cujo rito sumário não permite o exame e a valoração do contexto fático-probatório da causa³.

² Direito Penal, Parte Geral, 31ª edição, Editora Saraiva, pág. 155.

³ “Não é o *habeas corpus*, igualmente, sede apropriada para exame da ocorrência da continuidade

8. Ainda que assim não fosse, não há qualquer vício no acórdão impugnado, que além de afirmar a preclusão consumativa da matéria, afastou a aplicação do princípio da consunção tendo em vista que os “*bens jurídicos tutelados são distintos, não se podendo afirmar que o primeiro seria meio necessário para o último*” (fls. 1.730, e-STJ).

9. Com efeito, o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência dessa Corte que estabelece que o recurso de apelação interposto pela defesa devolve a matéria ao tribunal nos limites em que foi impugnada (*tantum devolutum quantum apelatum*):

“A apelação exclusiva da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal *ad quem* nos limites em que impugnada (*tantum devolutum quantum apelatum*), podendo o órgão julgador reafirmar, infirmar ou alterar os motivos da sentença apelada, com limitações apenas de não agravar a pena aplicada na sentença condenatória ou piorar a situação do réu. Precedentes: HC 76.156/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8/5/1998; HC 99.972/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia Primeira Turma, DJe de 13/9/2011; HC 72.527/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 17/11/1995. 6. A doutrina acerca dos limites ao exame da apelação pelo Tribunal *ad quem*, assenta que 'No tocante aos poderes do juízo *ad quem*, restrições não existem, embora incidindo sobre área litigiosa menor que aquela do juízo *a quo*. O novo exame é sempre integral, ainda que verse sobre parte da demanda. Pode-se dizer que o efeito devolutivo é total ou parcial quanto à extensão, e sempre integral quanto à profundidade. A apelação investe o juízo *ad quem* de amplos poderes para o exame do litígio decidido em primeiro grau, desde que se trate de apelação plena; e, se for limitada, o princípio do *tantum devolutum quantum appeellatum* dá iguais poderes ao juízo do recurso, embora para projetá-los na área demarcada pelo pedido de reexame contido no procedimento recursal. (...)’ (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1965, 1ª ed., p. 231-234 e 270-271 – grifei). ‘(...) nos limites do pedido (matéria impugnada), é permitido ao tribunal analisar todas as questões a ele relativas, não podendo apenas desbordar para outros aspectos do processo não abordados na irresignação (...)’ (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2013, 5. ed. rev. e atual., p. 1.248 - grifei)”. (RHC 118658, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-105 de 02-06-2014).

delitiva ou da ocorrência de consunção, situações que demandam o exame do acervo fático-probatório (...) (RHC 121747, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe-108 de 05-06-2014).

10. Em contrapartida, é inaplicável o princípio da consunção, devendo ser mantida a condenação pelo crime do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

11. Infere-se dos autos que o então Prefeito de Três Pontas/MG, o recorrente Antônio Carlos, juntamente com o secretário de Administração, o recorrente Fernando, celebraram, em regime de permissão e mediante indevida dispensa de licitação, contrato com a empresa Fatura Administração, Empreendimentos e Marketing S/C Ltda. e com o corréu Edson Lopes Fonseca, cujo objeto era a *“delegação dos serviços de Administração do Concurso de Prognósticos Numéricos”* e a *“prestação de serviços necessários para a implantação de um sistema de computadores, com gravação central de telefonia para atendimento dos participantes dos concursos numéricos que serão realizados pelo contratante”*⁴.

12. Também ficou caracterizado que Antônio Carlos Mesquita e Fernando Tadeu de Mesquita, por meio de superfaturamento do serviço⁵, desviaram em proveito de Édson Lopes da Fonseca rendas públicas, o qual apropriou-se indevidamente de tais montantes, totalizando um prejuízo ao erário público de R\$ 134.579,43, conforme reconhecido na sentença prolatada em sede da ação civil pública ajuizada contra os mesmos três indivíduos.

⁴ “(...) a prefeitura municipal de Três Pontas, através dos réus Antônio e Fernando, passou a fornecer apoio à loteria, com aplicação do erário público no valor de R\$ 62.079,43 para a empresa Fatura Administração, Empreendimentos e Marketing S/C Ltda., e o valor de R\$ 70.000,00 para a pessoa de Edson Lopes Fonseca, sendo que tais despesas constantes de nota de desempenho são irregulares, já que ausente lei municipal que as autorizasse, sendo, inclusive, que na Lei 1.873/97, que regulou a loteria, ficou consignado que a exploração do serviço seria feita por empresa privada e que todas as despesas ficariam a cargo da empresa concessionária e que deveria haver licitação para a concessão”.

⁵ Houve o superfaturamento dos equipamentos adquiridos, como por exemplo, os computadores e terminais pelos quais a Prefeitura pagou a importância de R\$ 157.000,00, quando o preço de mercado girava em torno de R\$ 15.000,00,

13. Ensina Nélson Hungria⁶ que,

“(...) uma norma se deve reconhecer *consumida* por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma *fase de realização* do crime previsto por esta, ou é necessária ou normal forma de transição para o último (*crime progressivo*). O crime previsto pela norma *consuntiva* representa a etapa mais avançada da efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio que *major absorbet minorem*. Os fatos, aqui, também não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim.

É de notar-se ainda que a exclusão de uma norma por outra pode ocorrer mesmo no caso em que não haja unidade de fato ou um só contexto de ação. Um fato, embora configure crime, pode deixar de ser punível quando *anterior* ou *posterior* (*Straflose vor und Nachtat*) a outro crime mais grave, pressuposta a unidade do agente, nas seguintes hipóteses:

- a) quando o crime *anterior* serve, necessária ou normalmente, de *meio* para cometer o crime subsequente (mais grave);
- b) quando o crime *posterior* incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime;
- c) quando se trata de fatos compreendidos num só artigo penal, como formas ou modos de um mesmo crime (crime de conteúdo variado);
- d) quando a lesão ao bem jurídico acarretada pelo crime *anterior* torna *indiferente* o fato posterior.”

14. Com efeito, os fatos acima narrados indicam a ocorrência de dois desdobramentos fático-jurídicos nas condutas praticadas: o primeiro, consubstanciado no ato de os réus dispensarem indevidamente licitação (art. 89 da Lei nº 8.666/93); e o segundo, no ato de desvio de bens e rendas públicas (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/67).

15. Trata-se de tipos penais que tutelam bens jurídicos distintos, quais sejam, a licitude do procedimento licitatório e o patrimônio público. Ademais, não há identidade necessária de fatos ou de momentos consumativos entre os crimes, pois os delitos previstos na Lei de Licitações independem da obtenção de vantagem indevida ou de efetivo prejuízo para a Administração Pública, enquanto o crime previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/67 somente se consuma quando são efetuados os pagamentos indevidos.

⁶ Comentários ao Código Penal, Forense, 1980, v. I, tomo I, p.147-148.

16. Dito de outra forma, a dispensa indevida de procedimento licitatório não se mostra como um meio necessário ou uma fase normal para alcançar o delito de desvio de verbas públicas. Para alcançar esse último delito pode o agente valer-se de várias outras condutas autônomas.

17. Conclui-se, portanto, que a ausência de licitação não perfaz elemento normativo do tipo descrito na Lei de Responsabilidade, razão pela qual não há consunção entre os delitos.

18. Assim posta a questão, entende o Ministério Público que não há a relação de instrumentalidade afirmada pelo recorrentes, sendo válida a condenação pelos dois tipos penais.

19. Em julgamento de caso similar, essa Corte recebeu a denúncia em relação a ambos os crimes (Inq 3109, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe-196 de 8/10/2014), destacando não existir *bis in idem* pela imputação de delito descrito no Decreto-Lei nº 201/67 e na Lei nº 8.666/93.

20. Pelo exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso ordinário e, se conhecido, pelo seu desprovimento, mantendo-se na íntegra a decisão impugnada.

Brasília, 7 de outubro de 2015

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República