



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**2ª Câmara de Coordenação e Revisão**

**VOTO 4164/2013**

**PROCEDIMENTO MPF 1.15.000.001901/2012-82**

**ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO CEARÁ**

**PROCURADOR OFICIANTE DA REPÚBLICA: LINO EDMAR DE MENEZES**

**RELATOR: CARLOS ALBERTO CARVALHO DE VILHENA COELHO**

**PEÇAS DE INFORMAÇÃO. SUPOSTO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (CP, ARTIGO 168-A) E FRAUDE EM PROCESSO LICITATÓRIO (LEI 8.666/93, ARTIGO 89), POR EX-PREFEITO. REVISÃO DE ARQUIVAMENTO (LC 75/93, ARTIGO 62, IV) E DE DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (ENUNCIADO 32 DA 2ª CCR). ARQUIVAMENTO PREMATURO. DELITO DE NATUREZA FORMAL. DESNECESSÁRIO O ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL. HOMOLOGÇÃO DO DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES.**

1. Trata-se de Peças de Informação instauradas para apurar supostos crimes de apropriação indébita previdenciária (CP, artigo 168-A) e fraude em processo licitatório (Lei 8.666/93, artigo 89), por ex-prefeito.
2. O Procurador Regional da República oficiante manifestou-se pelo arquivamento em relação ao primeiro delito, por ausência de constituição definitiva do crédito tributário, bem como pelo declínio de atribuições ao Ministério Público Estadual quanto ao segundo, vez que as despesas foram custeadas com recursos do próprio município e não há conexão com o delito de apropriação indébita previdenciária.
3. Considerando a natureza formal do crime previsto no artigo 168-A do Código Penal, cuja consumação não depende de resultado naturalístico, desnecessário o lançamento do crédito tributário para prosseguir na persecução penal.
4. Não homologação do arquivamento e designação de outro Membro do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária.
5. Homologação do declínio de atribuições ao Ministério Público Estadual em relação ao crime licitatório.

Trata-se de Peças de Informação instauradas a partir do Ofício 25537/2012/SEC, da Secretaria do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (f. 2), ao qual foi anexado cópia do Acórdão 873/2012 (f. 3/9), noticiando possível ocorrência de ilícitos de natureza penal, no período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2008, por parte do ex-gestor do Fundo Municipal de Saúde do município de Capistrano/CE, CARLOS ALBERTO SERRA BEZERRA.

Constatou-se a existência de dois delitos distintos: o primeiro, consistente no não repasse de contribuições previdenciárias, no valor total de R\$ 64.233,17 (sessenta e quatro mil, duzentos e trinta e três reais e dezessete centavos), ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o que, em tese, caracterizaria a conduta tipificada no artigo 168-A do Código Penal; já o segundo, consistente na contratação, sem o devido procedimento licitatório, da empresa Santa Branca Empreendimentos Farmacêuticos Ltda., o que, em tese, caracterizaria a conduta tipificada no artigo 89 da Lei 8.666/93.

O Procurador Regional da República oficiante promoveu o arquivamento do feito, nos seguintes termos (f. 59/60):

Ocorre que, no plano da tipicidade, a efetiva materialização da apropriação indébita previdenciária pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário perante as vias administrativas, que atua como condição objetiva de punibilidade do delito, consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, a instauração de persecução penal destinada à apuração do mencionado crime depende do prévio lançamento do crédito tributário atestando o prejuízo à União, o que foi diligenciado por este Órgão Ministerial mediante o encaminhamento do ofício anexo à Delegacia da Receita Federal do Brasil, requisitando a devida fiscalização, com posterior remessa de representação para fins penais a esta Procuradoria.

Por outro lado, no que diz respeito à conduta consistente em contatar empresa sem a devida realização de procedimento licitatório, prevista no artigo 89 da Lei 8.666/93, muito embora estejam presentes os indícios de autoria e a materialidade do delito, as despesas com a aludida contratação foram custeadas com verba do próprio município de Capistrano-CE, tanto é assim que os recursos empregados na contratação direta não estão sequer sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União, mas sim do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, revelando a ausência de interesse da União na apuração do crime, o que afasta a competência da Justiça Federal para o processamento de eventual ação penal versando sobre o fato.

Os autos vieram a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, para o exercício de sua função revisional.

É o relatório.

No que diz respeito à constituição do crédito tributário, quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária, este Colegiado vem se manifestando no sentido de que referido delito não depende, diferentemente dos crimes

tributários materiais, da apuração prévia em procedimento administrativo, com o esgotamento da via administrativa.

Aliás, é o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme esclarece excerto da decisão a seguir colacionada:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ART. 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL - ART. 95, D, DA LEI 8.212/91 - LEI 9.983, DE 14/07/2000 - ABOLITIO CRIMINIS - INOCORRÊNCIA - CRIME OMISSIVO FORMAL - OMISSÃO DE RECOLHIMENTO, À PREVIDÊNCIA SOCIAL, DOS VALORES DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESCONTADOS DA REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS - DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI) - PRECEDENTES DO STF E DO STJ - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - DIFICULDADES FINANCEIRAS - ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - INEXISTÊNCIA DE PROVA IDÔNEA - PENA-BASE FIXADA DE ACORDO COM O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL) - CRITÉRIO DE AUMENTO - A FIXAÇÃO DA PENA-BASE DE MULTA DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM A PENA-BASE PRIVATIVA DE LIBERDADE - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...]

II - Na esteira do entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg no INQ 2537/GO (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, unânime, DJe de 13/06/2008), diversos julgados das Turmas que compõem a 2ª Seção do TRF/1ª Região (inter plures: RSE 2006.34.00.023860-1/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 07/11/2008, p. 62; ACR 2001.36.00.00.6738-6/MT, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 03/11/2008, p. 77) passaram a considerar o delito do art. 168-A do Código Penal como delito omissivo material, e não simplesmente formal, exigindo-se, portanto, para a sua configuração, a constituição definitiva do correspondente crédito tributário.

**III - Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, o fundamento efetivamente acolhido, por todos os Ministros que participaram daquele julgamento, para declararem a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário como condição para a persecução penal, naquele caso específico - em que o crédito encontrava-se com a exigibilidade suspensa -, não autoriza a implementação do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária ou a conclusão de que o delito do art. 168-A do Código Penal exige dolo específico - animus rem sibi habendi -, conforme esclarece o voto condutor da eminente Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do HC 96.092-8/SP, razão pela qual o julgado, antes mencionado como leading case de inúmeras outras decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores, revelou-se, em verdade, precedente isolado, na**

**Corte Suprema, não sendo, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas do STF, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal crime formal, que não exige a constituição definitiva do crédito tributário e o dolo específico (animus rem sibi habendi) para a sua configuração, sendo a AP 516 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe de 03/12/2010) o novo precedente do Plenário da Suprema Corte sobre a matéria.**

[...]

V - Consoante a jurisprudência do colendo STF e do egrégio STJ, o delito do art. 168-A do Código Penal caracteriza-se, em verdade, como delito omissivo meramente formal, para o qual basta a mera conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias aos cofres públicos, no prazo legal, após a retenção do respectivo desconto da remuneração dos empregados, prescindindo-se da comprovação do dolo específico, ou seja, o animus rem sibi habendi do agente, para a configuração da apropriação indébita previdenciária.

[...]

(ACR 0003625-52.2006.4.01.3400/DF, Relatora a Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, e-DJF1 de 13.07.2012 – destacou-se)

Logo, considerando a natureza formal do crime previsto no artigo 168-A do Código Penal, cuja consumação não depende de resultado naturalístico, desnecessário o lançamento do crédito tributário para prosseguir na persecução penal.

Com essas considerações, voto pela **não homologação** do arquivamento e pela designação de outro Membro do Ministério Público Federal para dar prosseguimento à persecução penal.

Quanto à prática do suposto crime licitatório (Lei 8.666/93, artigo 89), vez que as despesas foram custeadas com recursos do próprio município e não havendo conexão com o delito de apropriação indébita previdenciária, cabe à Justiça Estadual o julgamento do feito.

Ante o exposto, voto pela **designação de outro Membro do Ministério Público Federal** para prosseguir na persecução penal em relação ao crime previsto no artigo 168-A do Código Penal e pela **homologação do declínio de atribuições** quanto àquele previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93.

Remetam-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Ceará para cumprimento, cientificando-se o Procurador da República oficiante, com as nossas homenagens.

Brasília-DF, 9 de setembro de 2013.

**Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho**

Procurador Regional da República  
Suplente – 2ª CCR/MPF

/GN