

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000657-02.2018.8.19.0035

RELATORA: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR

APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO

**MARCOS ANTONIO DA SILVA TOLEDO (Adv. Dr.
TIAGO SANTOS SILVA - OAB/RJ 155.213 e outro);
STENIO REIS PEREIRA (Adv. Drº MATHEUS
COUTINHO - OAB/RJ 222.392)**

APELADOS: OS MESMOS

APELAÇÃO. IMPUTAÇÃO ORIGINÁRIA DA PRÁTICA DO DELITO INSERTO NO ARTIGO 90, DA REVOGADA LEI Nº 8.666/1993. FRUSTRAR OU FRAUDAR, COM O INTUITO DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM VANTAGEM DECORRENTE DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 337-F, DO CÓDIGO PENAL, COM IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES DO REVOGADO ARTIGO 90, DA LEI DE LICITAÇÕES, VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSOS DEFENSIVOS ARGUINDO QUESTÕES PRELIMINARES DE: 1) INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AFRONTA AO ARTIGO 41, DO C.P.P.; 2) OCORRÊNCIA DE *ABOLITIO CRIMINIS*, DIANTE DA REVOGAÇÃO DO ARTIGO 90, DA ANTIGA LEI DE LICITAÇÕES, PELA LEI Nº 14.133, DE 01 DE ABRIL DE 2021, A QUAL DISCIPLINOU A CONDUTA DELITUOSA, INSERINDO-A NO ARTIGO 337-F DO CÓDIGO PENAL. NO MÉRITO, PUGNAM: 3) A ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE

PROVAS; 4) A REDUÇÃO DA PENA BASILAR; 5) O AFASTAMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA; 6) A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS; 7) O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. RECURSO MINISTERIAL, PLEITEANDO A EXASPERAÇÃO DA PENA INICIAL, EM RELAÇÃO A AMBOS OS ACUSADOS.

CONHECIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS, PARA REJEITAR-SE AS QUESTÕES PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, ABSOLVER OS ACUSADOS, NA FORMA DO ARTIGO 386, VII, DO C.P.P., RESULTANDO PREJUDICADO O EXAME DA APELAÇÃO MINISTERIAL.

Recursos de apelação interpostos pelo membro do Ministério Público, e pelos acusados, Marcos Antonio da Silva Toledo e Stenio Reis Pereira, respectivamente, estes representados por advogados constituídos, contra a sentença, proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Natividade, o qual condenou os nominados réus por infração aos artigos 337-F, do Código Penal, com o preceito secundário inserto no artigo 90, da Lei nº 8.666/1993, ante sua revogação total pela Lei nº 14.133/2021, aplicando-lhes as sanções de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (réu Marcos Antonio) e, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (réu Stenio), ambas a serem cumpridas em regime inicial semiaberto, deixando de substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, condenando-os, ainda, ao pagamento das despesas do processo.

Inicialmente, quanto a **primeira *questio* proemial aventada**, concernente à pretensão de ver reconhecida a inépcia da exordial acusatória, entende-se que tal arguição deve ser rechaçada. Com efeito, a denúncia considerada inepta é aquela que não permite ao acusado exercer seu direito de defesa, porquanto não narra, ainda que de forma sucinta, o

comportamento imputado ao agente, deixando de expor todos os elementos do fato típico, ilícito e culpável, bem como a descrição minuciosa da conduta criminosa e as circunstâncias do delito, em apreço.

No caso, porém, ao contrário do que alega a Defesa do acusado, Stenio, a peça inicial possui descrição suficiente do fato criminoso imputado, com as suas respectivas circunstâncias, tal como a definição das respectivas condutas dos autores nominados, ensejando claramente a adequação típica, bem como o exercício da ampla defesa e contraditório.

Segundo a prefacial acusatória, no dia 25 de fevereiro de 2013, o réu apelante, Marcos Antonio, na qualidade de Prefeito do município de Natividade, em unidade de desígnios com o acusado, Stenio, este representante legal da empresa *Fercicle*, teria expedido ordem de serviço n° 084/2013, com determinação à Comissão Municipal Permanente de Licitação Pública, a abertura de processo licitatório, na modalidade de pregão, para aquisição de materiais, com fins de atendimento à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, sem que tivesse havido qualquer pedido desta Secretaria, com o fim de obterem vantagem decorrente da adjudicação do objeto para a empresa administrada pelo correu Stenio, frustrando-se, assim, o caráter competitivo do processo licitatório. Precedentes jurisprudenciais.

Logo, tem-se por cristalino que a exordial acusatória descreveu, adequadamente, a realidade fática das condutas imputadas, atendendo, pois, a todas as formalidades exigidas pelo art. 41 do C.P.P., inclusive no tocante à narrativa geral da dinâmica delitiva individual de cada denunciado, mostrando-se totalmente fora de contexto a preliminar de inépcia ora suscitada.

Quanto a **segunda e última questão prévia**, notadamente pela qual se suscita a ocorrência de abolitio criminis, ao sustentar a revogação total do artigo 90, da Lei n° 8.666/1993, pela Lei n° 14.133 de 01 de abril de 2021, a qual alterou o Código Penal para incluir os artigos 337-E a 337-O, no capítulo "Dos crimes

em licitações e contratos administrativos", entende-se, também, que a mesma deve ser refutada.

Por certo, a infração penal inserta no artigo 90, prevista na Lei nº 8.666/1993, conquanto expressamente revogada pela Lei nº 14.133/2021, seu núcleo verbal foi reservado ao artigo 337-F do Código Penal, preservando, portanto, a natureza ilícita da conduta típica. Ademais, a evolução legislativa em defesa da higidez das contratações públicas está abarcada pelo fenômeno jurídico da “continuidade normativo-típica”, o qual estabelece que, fica mantida na nova lei as elementares dos tipos penais imputados pelo órgão do Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia, com utilização da penalidade da norma revogada, por ser mais benéfica ao réu, mantendo, dessa forma, as condutas descritas no campo da ilicitude penal.

Em verdade, não obstante o novo tipo penal (art. 337-F), ter como preceito secundário, pena privativa de liberdade mais severa (4 a 8 anos), assim como regime prisional mais rigoroso (reclusão), a jurisprudência pátria, consolidou o entendimento de que as condutas praticadas anteriormente a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, na forma ocorrida no caso em exame, devem ser analisadas à luz da Lei n.º 8.666/1993, em observância ao princípio da ultratividade da lei penal. Precedentes jurisprudenciais.

Diante dos fundamentos expostos, **rejeita-se ambas as questões prévias arguidas.**

No **mérito**, conclui-se pela procedência do pleito absolutório, haja vista que, da leitura atenta e minuciosa do conteúdo de todos os elementos de prova trazidos aos autos, e feitas as devidas confrontações entre os mesmos, chega-se à conclusão de que, embora inegável a materialidade do crime descrito na exordial acusatória, a autoria delitiva, contudo, resultou efetivamente duvidosa em relação aos apelantes, pois não se verificou no processo licitatório nº 14/2013 que, o primeiro acusado, Marcos Antonio, então Prefeito da cidade de Natividade, teria agido em conluio com o corrêu, Stenio, com dolo de fraldar e causar danos ao erário público e beneficiar-se com o ato.

Conforme relatado alhures, narra a denúncia “que no dia 25 de fevereiro de 2013, na Prefeitura Municipal da cidade de Natividade, o acusado Marcos Antonio, na qualidade de prefeito do município, teria expedido a ordem de serviço nº 084/2013 determinando à Comissão Municipal Permanente de Licitação Pública, a abertura de processo licitatório, na modalidade de pregão, para aquisição de materiais de construção, em atendimento à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, sem que tivesse havido pedido da referida Secretaria, com fins de beneficiar o corréu Stenio, administrador da sociedade empresária, Paulo Roberto Pereira da Silva, CNPJ nº 01.052.741/0001-89, nome fantasia *Fercicle*, e obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da referida licitação, frustrando-se o caráter competitivo do certame, porquanto, teriam estes agido em concorrência de ações para que a competição ficasse restrita à empresa administrada pelo corréu nomeado”.

No entanto, embora o processo licitatório tenha se iniciado por ordem do então prefeito municipal, assim como a publicação do certame apenas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro e a verificação da prática de atos em uma mesma data, não resultou devidamente demonstrado a vontade dos agentes de frustrar ou fraudar o procedimento, pois tais afirmativas, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, acompanhadas por este Sodalício, não são suficientes para demonstrar o dolo dos réus e caracterizar, assim, a ocorrência do ilícito penal.

Quanto à imputação, que recai sobre a alegada irregularidade no tocante a ausência de ofício da Secretaria de Desenvolvimento Urbano para a aquisição dos materiais que deram origem a abertura do processo licitatório, os Tribunais pátrios orienta-se no sentido da possibilidade de que o requerimento seja feito pela autoridade competente, *in casu*, o prefeito, na qualidade de ordenador de despesa, sendo incapaz, desta forma, de contaminar o certame. Precedentes jurisprudenciais.

No que diz respeito ao argumento de que o certame estaria maculado pois a publicação do processo licitatório teria sido realizado apenas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, notadamente pela modalidade de pregão presencial (à época), não consta dos autos qualquer insurgência de outras empresas quanto a alegação de desconhecimento da existência de outros certames, concluindo-se não estar demonstrado prejuízo suficiente na abrangência publicitária da licitação, prevalecendo, no ponto, o interesse público como cancelador da legalidade do ato, perdendo significado a irregularidade ocorrida. Aliás, a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), em seu artigo 54, corroborando o ultrapassado meio de publicidade, extinguiu a divulgação por meio do diário oficial e de jornais, no que guarda coerência com a recomendação postada no inciso VI do art. 12, no sentido de que os atos do processo licitatório “serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico”. Em verdade, o § 2º do mesmo dispositivo legal faculta a “divulgação adicional” do edital “a interessados devidamente cadastrados para esse fim”, mas não há, na lei, qualquer indicação de como se fará esse cadastro. Por certo, caso algum interessado eventualmente prejudicado com tal medida poderia impugnar o edital de licitação, na forma do artigo 164 da Lei das Licitações, o que não se verifica nos autos. *(Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.)* Precedentes jurisprudenciais.

Assim, dentro desse cenário e do conjunto probatório carreado aos autos, notadamente aquele produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa em juízo, faz transparecer patente a fragilidade da prova acusatória, a qual se apresenta dúbia e inapta a supedanejar um decreto reprobatório, em face dos acusados nominados.

Por certo, a Lei 14.133/2021, ao revogar o artigo 90 da antiga Lei de Licitações nº 8.666/1993 e acrescentar ao Código Penal

o art. 337-F, referente ao crime de frustração do caráter competitivo de licitação, expressamente remete à autoria para aquele que frustra ou frauda, com o elemento subjetivo consubstanciado no intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório.

À toda evidência, a doutrina já alertava que o crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/1993 *“somente se consuma com a efetiva frustração ou fraude do referido procedimento. Mais que isso: é necessário que o ‘caráter competitivo’ resulte frustrado ou fraudado, sendo insuficiente, portanto, a simples ação visando frustrá-lo ou fraudá-lo, sendo indispensável que resulte realmente frustrada ou fraudada a competitividade do procedimento licitatório, como exige o tipo penal”*. (in. BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012).

Assim, tratando-se de crime comum, qualquer pessoa pode frustrar ou fraudar o caráter competitivo de um processo licitatório, sendo importante frisar-se, no entanto, imperioso que exista o elemento especial ou especial fim de agir: a vontade de obter vantagem, para si ou para outrem, com a contratação (adjudicação) do objeto da licitação cujo caráter competitivo foi frustrado ou fraudado, pois, tratando-se de crime doloso (não se admite modalidade culposa), exige-se este especial fim de agir de obter a vantagem, para si ou para outrem, por meio da contratação indevida, o que não se verificou no caso dos autos. Isto porque, a jurisprudência do S.T.J. é firme no sentido de que a condenação pelo crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 exige a indicação concreta do conluio no sentido de fraudar a licitação, bem como a indicação da vantagem a ser recebida em razão da fraude perpetrada. No caso, embora presente alguns fatos que possam ser pautados de meras irregulares, não houve a indicação, mínima possível, do ajuste prévio entre os réus nomeados, no sentido de fraudar a licitação e, tampouco, a vantagem que seria obtida. Ao contrário, o que se verifica dos autos da licitação de nº 14/2023, além do orçamento vencedor do certame pela empresa administrada pelo corréu, Stenio,

outros dois orçamentos juntados pelas empresas *Construfácil* e *Jovel* (fls. 15 e 16), estas sediadas na cidade de Itaperuna, com valores superiores ao acostado pela empresa vencedora.

Com efeito, o conjunto probatório não aponta qualquer ato ilícito capaz de ludibriar a Administração Pública, ou que os acusados indicados concorreram para frustrar os objetivos da licitação ou obtiveram qualquer vantagem na operação inserta no certame, ressaltando-se que o acusado Marcos Antonio, na qualidade de prefeito, ao homologar o certame, estava respaldado em parecer jurídico favorável.

Destarte, o conjunto probatório não aponta qualquer ato ilícito capaz de ludibriar a Administração Pública, ou que os acusados nomeados concorreram para frustrar os objetivos da licitação ou obtiveram qualquer vantagem na operação inserta no certame.

No ponto, embora o delito em exame seja de natureza formal, a prova dos autos aponta para a afirmativa de que os materiais de construção foram adquiridos pelo menor preço, em relação aos demais orçamentos, por empresa “familiar” estabelecida na cidade, materiais esses devidamente entregues e utilizados em obra pública no município de Natividade, sendo certo ainda, que o Procurador do Município à época dos fatos, Leandro Capita Dias, relatou, em juízo, que foi comprovada a regularidade e legalidade do processo licitatório, tendo inclusive apostado sua assinatura no referido termo, ressaltando-se que, o Decreto Legislativo nº 02/2022 da Câmara Municipal de Natividade, aprovou a prestação de contas da gestão do ordenador de despesas e tesoureiro referentes ao exercício de 2013. Sopesando a conveniência da conduta dos réus, traz-se à liça a doutrina do administrativista HELY LOPES MEIRELLES: *“Mas, tratando-se de crime contra a Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse pessoal ou de terceiros. Se o interesse do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir.”* (in, *Direito Municipal Brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pág. 780)

Precedentes do S.T.J., de outros Tribunais Pátrios e deste Sodalício.

É forçoso ressaltar que, em matéria de responsabilização penal, não vicejam, na seara probante, as conjecturas, as probabilidades, as possibilidades e as suposições, devendo o *decisum* que vier a reconhecer a materialidade e a autoria do agente da prática, em tese, do delito de frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, descrito na denúncia, ser fundamentado, concretamente, com elementos caracterizadores do dolo específico do tipo penal em tela, pois este não se presume, sob pena de nulidade, por violação ao comando do inciso IX do artigo 93 da C.R.F.B/1988.

Importa enfatizar, ainda, que, à míngua de provas suficientes para se prolarar um édito de procedência, o julgador, na dúvida, em homenagem às normas fundamentais, há de se curvar diante destas, a fim de decidir pela improcedência da ação penal, ante o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, valendo mencionar-se, a propósito, o brocardo de autoria de Paul Van Christynen, a estatuir que “*Melius est nocentem relinquere impunitum quam innocentum condemnare*” (Melhor será deixar um culpado sem punição do que condenar um inocente).

Desta forma, o que ora se constata é que, diante da escassez dos elementos de convicção coligidos, o órgão ministerial não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, de demonstrar, com a certeza exigível na esfera penal, a existência da fraude, mediante acordo ou qualquer outro instrumento para alcançar o fim de frustrar o caráter competitivo do certame, indigitado aos ora acusados nomeados o que faz, no mínimo, pairar sobre os autos, fundada dúvida acerca da autoria de tal crime, devendo ser mantida, no ponto, a absolvição.

Destarte, verifica-se que, o órgão ministerial não se desincumbiu do ônus da prova, evidenciando-se que a precariedade das provas produzidas não permite extrair-se o grau de certeza necessário, exigido na esfera penal, para se manter a condenação dos réus nomeados, devendo ser aplicado, em favor destes, o adágio do *in dubio pro reo*, com vias a se

decretar as suas absolvições, em relação a imputação contida na denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

CONHECIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS, COM REJEIÇÃO DAS QUESTÕES PRELIMINARES, PARA, NO MÉRITO, ABSOLVER-SE OS ACUSADOS, COM FULCRO NO ARTIGO 386, VII, DO C.P.P., RESULTANDO PREJUDICADO O EXAME DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0000657-02.2018.8.19.0035, em que são apelantes **MINISTÉRIO PÚBLICO; MARCOS ANTONIO DA SILVA TOLEDO e STENIO REIS PEREIRA** e apelados **OS MESMOS**;

ACORDAM os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, **EM CONHECER OS RECURSOS DEFENSIVOS, para REJEITAR-SE AS QUESTÕES PRELIMINARES**, e, no mérito, **DAR-LHES PROVIMENTO**, para **ABSOLVER-SE** os réus, Marcos Antonio da Silva Toledo e Stenio Reis Pereira, da imputação de prática do crime inserto no art. 337-F, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do C.P.P., resultando prejudicado o exame da apelação interposta pelo órgão ministerial, nos termos do voto da Des. Relatora.

RELATÓRIO

Tratam-se de recursos de apelação interpostos, respectivamente, pelo membro do Ministério Público às fls. 957/965, e pelos

acusados, Marcos Antonio da Silva Toledo e Stenio Reis Pereira, às fls. 1005/1027 e 1081/1096, estes representados por advogados constituídos, contra a sentença de fls. 826/842, proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Natividade, a qual condenou os nominados réus por infração ao artigo 337-F, do Código Penal, com o preceito secundário inserto no artigo 90, da Lei nº 8.666/1993, ante sua revogação total pela Lei nº 14.133/2021, aplicando-lhes as sanções de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (réu Marcos Antonio), e, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (réu Stenio), ambas a serem cumpridas em regime inicial semiaberto, deixando de substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, condenando-os, ainda, ao pagamento das despesas do processo.

O membro do Ministério Público, nas suas razões recursais de apelação, postula a exasperação da pena basilar de ambos os acusados, ao sustentar a *“necessidade do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis quanto à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, e às circunstâncias do crime, e, subsidiariamente, o aumento na fração das circunstâncias judiciais já reconhecidas na sentença, no tocante a culpabilidade e consequências do crime.*

Inconformados, os acusados nomeados, por suas Defesas, também recorreram, arguindo questões preliminares de: 1) inépcia da denúncia por suposta afronta ao artigo 41, do C.P.P.; 2) ocorrência de *abolitio criminis*, diante da revogação do artigo 90, da Lei de Licitações nº 8.666/1993, pela Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, a qual disciplinou a conduta delituosa, inserindo-a no artigo 337-F do Código Penal. No mérito, pugnam: 3) a absolvição por alegada insuficiência de provas; 4) a redução da pena basilar; 5) o afastamento da agravante genérica; 6) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; 7) o abrandamento do regime prisional.

Nas contrarrazões aos recursos apresentados, manifestaram-se o órgão do Ministério Público às fls. 1039/1066, assim

como as Defesas dos réus nomeados às fls. 1029/1033 e 1036/1040, pelo desprovimento das respectivas apelações.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça em parecer de fls. 1142/1186, oficiou no sentido de que seja negado provimento às apelações defensivas e dado parcial provimento ao recurso ministerial, aduzindo que a exasperação da pena basilar se deu corretamente, todavia, ressaltou que a personalidade dos réus não deve ser valorada negativamente, *“tendo em vista que esta goza de contornos próprios e não há elementos suficientes nos autos para aferi-la, não podendo se restringir ao comportamento do acusado na situação fática em análise”*, afastando-se, ainda, os motivos e as circunstâncias do crime como motivação para exasperação da pena basilar *“posto que inerentes à própria espécie delitiva, não havendo elementos que justifiquem a maior reprovabilidade.”*

VOTO

Tratam-se de recursos de apelação interpostos, respectivamente, pelo membro do Ministério Público às fls. 957/965, e pelos acusados, Marcos Antonio da Silva Toledo e Stenio Reis Pereira, às fls. 1005/1027 e 1081/1096, estes representados por advogados constituídos, contra a sentença de fls. 826/842, proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Natividade, a qual condenou os nominados réus por infração ao artigo 337-F, do Código Penal, com o preceito secundário inserto no artigo 90, da Lei nº 8.666/1993, ante sua revogação total pela Lei nº 14.133/2021, aplicando-lhes as sanções de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de detenção e pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (réu Marcos Antonio) e, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (réu Stenio), ambas a serem cumpridas em regime inicial semiaberto, deixando de substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, condenando-os, ainda, ao pagamento das despesas do processo.

O membro do Ministério Público, nas suas razões recursais de apelação, postula a exasperação da pena basilar de ambos os acusados, ao sustentar a “*necessidade do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis quanto à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, e às circunstâncias do crime*, ou, subsidiariamente, o aumento na fração das circunstâncias judiciais já reconhecidas na sentença, no tocante a culpabilidade e consequências do crime.

Inconformados, os acusados nomeados, por suas Defesas, também recorreram, arguindo questões preliminares de: 1) inépcia da denúncia por suposta afronta ao artigo 41, do C.P.P.; 2) ocorrência de *abolitio criminis*, diante da revogação do artigo 90, da Lei de Licitações nº 8.666/1993, pela Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, a qual disciplinou a conduta delituosa, inserindo-a no artigo 337-F do Código Penal. No mérito, buscam: 3) a absolvição por alegada insuficiência de provas; 4) a redução da pena basilar; 5) o afastamento da agravante genérica; 6) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; 7) o abrandamento do regime prisional.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se os recursos de apelação defensivos e ministerial.

Inicialmente, **quanto a primeira *quaestio proemial aventada***, concernente à pretensão de ver reconhecida a inépcia da exordial acusatória, entende-se que tal arguição deve ser rechaçada.

Com efeito, a denúncia considerada inepta é aquela que não permite ao acusado exercer seu direito de defesa, porquanto não narra, ainda que de forma sucinta, o comportamento imputado ao agente, deixando de expor todos os elementos do fato típico, ilícito e culpável, bem como a descrição minuciosa da conduta criminosa e as circunstâncias do delito.

A inobservância às regras do artigo 41 do C.P.P. não acarreta a violação de uma regra processual apenas, mas sim fulmina as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, insculpidas no artigo 5º, incisos LV e LIV, da C.R.F.B./1988, enquanto cláusulas pétreas de nossa Lei Fundamental.

No caso, porém, ao contrário do que alega a Defesa do acusado, Stenio, a peça inicial possui descrição suficiente do fato criminoso imputado, com as suas respectivas circunstâncias, tal como a definição das respectivas condutas atribuídas aos réus indicados, ensejando claramente a adequação típica, bem como o exercício da ampla defesa e contraditório.

É de se pontuar, ademais, que a exordial acusatória não se mostra a sede própria para se ingressar em maiores detalhamentos e particularizações da responsabilidade penal de cada denunciado, sob o grave risco de se adentrar no *meritum causae*, de forma prematura, efetuando-se, assim, um prejulgamento sumário da lide, debate este reservado à fase das alegações finais, quando já houverem sido perquiridas e esquadrihadas integralmente as minúcias fáticas da imputação, ao longo de toda a instrução criminal, em atenção às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Profícua, nesse cenário, é a lição de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, ao esclarecer que, **“a peça inicial deve ser sucinta, limitando-se a apontar as circunstâncias que são necessárias à configuração do delito, com a referência apenas a fatos acessórios, que possam influir nessa caracterização. E não é na denúncia, nem na queixa, que se devem fazer as demonstrações da responsabilidade do réu, o que deve se reservar para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido de condenação”** (in, Código de Processo Penal brasileiro anotado, v. 1 – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1955, pág. 418). (grifamos).

À luz do mesmo entendimento, ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI: **“Concisão da denúncia ou da queixa: é medida que se impõe, para não tornar a peça inicial do processo penal em uma autêntica alegação final, avaliando provas e sugerindo jurisprudência a ser aplicada. Diferentemente da área cível, no processo criminal, a denúncia ou queixa deve primar pela concisão, limitando-se a apontar os fatos cometidos pelo autor (denunciado ou querelado), sem juízo de valoração ou apontamentos doutrinários e jurisprudenciais. A peça deve indicar o que o agente fez, para que ele possa se defender. Se envolver argumentos outros, tornará impossível o seu entendimento pelo réu, prejudicando a ampla defesa”** (in,

Código de Processo Penal comentado – 15ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, pág. 109). (realçamos).

E, ainda, no respeitante, especificamente, à denúncia insta trazer-se à berlinda a impecável lição de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *in litteris*:

*“É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com tôdas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). (Segundo enumeração de Aristóteles, na *Ética a Nicômano*, I. III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*, assim referidas por Cícero (*De Invent. I*)). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo do delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes.”* (in, *O Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1959, v.2, pág. 183). (itálicos originais do texto). (sublinhados nossos).

Na ensanchas, a jurisprudência do S.T.F. posiciona-se no sentido de que *“Não é inepta a denúncia que proporciona ao acusado a plena defesa assegurada pela CF”* (RTJ 85/70 e 64/626).

À propósito, não custa lembrar as lições doutrinárias de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *verbo ad verbum*: **“Irrelevante, para isso, é que a classificação do crime esteja exata e certa. O perfeito enquadramento da espécie, nas normas legais que sobre ela incidem é tarefa do Magistrado: narra mihi factum, dabo tibi jus. Desde que os elementos empíricos do fato exposto possam fazer desse um fato criminoso, a qualificação legal adequada quem a dá, para tal fim, é o Juiz, ao proferir sentença.”** (in. *Elementos de Direito Processual Penal*, 1ª ed., vol. II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965. pág.158). (itálicos originais). (grifos nossos).

Não é outro o entendimento pretoriano sedimentado do

Supremo Tribunal Federal e, também do **S.T.J.** de que o réu se defende dos fatos a ele imputados na denúncia (ou na queixa), e não da capitulação atribuída aos mesmos. A conferir-se, dentre inúmeros outros, os seguintes excertos jurisprudenciais, *exempli gratia*:

“(...) É de sabença geral que o acusado se defende não da capitulação em si implementada pelo titular da ação penal, mas dos fatos narrados na denúncia (...)”. (STF HC 75.972-MS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – 2ª T., Un.). (trecho do voto). (RTJ 169/924).

“(...) O que demarca o objeto do processo penal condenatório é a imputação do fato contida na denúncia; o juiz não está adstrito sequer à capitulação típica do fato principal, proposta na denúncia, nem, com mais razão à articulação nela da previsão legal de agravação de pena em razão de circunstância accidental descrita na inicial”. (STF – HC 68.132-8-DF – Rel, Min, SEPULVEDA PERTENCE, 1ª T., Un.). (DJU, 09.11.1990, p., 12.728).

“(...) O réu se defende da imputação de fato contida na denúncia e não da classificação jurídica eventualmente incorreta feita pelo Ministério Público na peça acusatória” (STF – HC 74.661-RS – Rel. Min. CELSO DE MELLO – 1ª T., Un.). (RTJ 170/187).

No mesmo sentido do S.T.F.: RTJ 168/922, 167/233, 187/636; HC 59684-3-SP, DJU, 04.06.1982, p.5.460.

“(...) A denúncia deve evidenciar-se formal e materialmente idônea. No primeiro aspecto, descrever fato descrito em tipo legal de crime; no segundo, estar amparado por indícios de existência do fato. Importante é a narração. A qualificação jurídica é secundária”. (STJ – RHC- 5.233-GO, 6ª T., Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU n. 91, 1305.1996, p. 15.574).

“(…) o acusado se defende do ato criminoso que lhe é imputado, i.e, da descrição fática contida na denúncia, e não dos dispositivos legais com que ele é classificado na inaugural de acusação. (Precedentes do STF e do STJ)”. (STJ – Resp. 717.416-0-RS – Rel. Min. FELIX FISCHER – 5ª T. – Julg. 06.10.2005 - Un.). Do mesmo relator: HC 38.272-0-SP, 5ª T., Julg. 07.06.2005; RHC 10.974-0-SP, 5ª T., Julg. 26.02.2002).

“O réu, ao se defender, o faz, primacialmente, à luz dos fatos que lhe são imputados na acusatória inicial, ciente de que a sua classificação jurídica não obriga o juiz.” (STJ – Resp. 75.332-RS Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – 6ª T., Un.).(DJU n. 227-E, 29.11.1999, p.210).

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. REQUISITOS. ALEGADA INÉPCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. DESCRIÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A SUPOSTA CONDUTA DO PACIENTE E O RESULTADO LESIVO. ORDEM DENEGADA.

1. Quando se trata de apreciar alegação de inépcia de denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outro motivo, dois são os parâmetros objetivos de tal exame: os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. No artigo 41, o Código de Processo indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. Já o artigo 395 do Código de Processo Penal, esse impõe à peça de defesa um conteúdo negativo. Se no, primeiro, há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, no artigo 395 há uma obrigação de não fazer; ou seja, a peça de denúncia não pode incorrer nas impropriedades de que trata o artigo 395 do CPP.

2. **No caso, mesmo de forma concisa, a inicial acusatória descreve a relação de causalidade entre as supostas condutas increpadas ao paciente e os resultados lesivos sofridos pela vítima. Sendo que a concisão da inicial**

acusatória decorre, ao que parece, das próprias circunstâncias que permeiam a apuração dos delitos, mas escrita de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa do acusado.

3. Ordem denegada.”

(STF, 1ª Turma, HC 96.236/RJ, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Julgado em: 17/03/2009, DJe 24/04/2009, destacamos).

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA QUE, CONQUANTO CONCISA, DESCREVE AS CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO FATO, ATENDENDO ÀS EXIGÊNCIAS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE CAUSA QUE AUTORIZA A REJEIÇÃO DA ALUDIDA PEÇA. CASO EM QUE NÃO RESTA ESPAÇO PARA O PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, INEXISTINDO, POR OUTRO LADO, QUALQUER PREJUÍZO PARA O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRONTA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO” (STF, 1ª Turma, HC 71.715/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Julgado em: 28/03/1995, DJ 26/05/1995, grifamos).

“Habeas corpus. Não é inepta denúncia que, embora concisa, preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Recurso ordinário não provido.” (STF, 2ª Turma, RHC 53.655/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Julgado em: 22/08/1975, DJ 19/09/1975, realçamos).

Ecoando a voz do Supremo, posicionou-se o **S.T.J.**, *in verbis*:

“DENÚNCIA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. (...) Não é inepta a denúncia que, embora sucinta, contém a exposição do fato delituoso” (STJ, Quinta Turma, RHC

66.716/MG, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Julgado em: 17/03/2016, DJe 30/03/2016, grifamos).

“INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. MÉRITO. (...)

3. **É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a descrição dos fatos e classificação do crime, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa, o que ocorreu na espécie.**

4. **A denúncia descreve de modo suficiente que o recorrente incorreu nas sanções do art. 171, caput, do Código Penal, pois narra que, na condição de superintendente da diretoria de patrimônio da empresa vítima, determinou o pagamento de 51 notas de serviços não realizados nas agências bancárias da empresa vítima, emitidas por empresas não cadastradas no sistema, gerando prejuízo de quase 4 milhões de reais.**

5. **Descrita suficientemente a conduta, que se amolda à figura penal típica e possibilita o pleno direito de defesa, não se tem caso de inépcia.**

6. **O reconhecimento da atipicidade da conduta descrita, por não comprovada a vantagem ilícita obtida ilegalmente, deverá ser objeto de devida instrução probatória, uma vez que se enquadra em matéria meritória”**

(STJ, Sexta Turma, RHC 59.870/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Julgado em: 06/10/2016, DJe 25/10/2016, destaques nossos).

Segundo a prefacial acusatória, “ no dia 25 de fevereiro de 2013, o réu apelante, Marcos Antonio, na qualidade de Prefeito do município de Natividade, em unidade de desígnios com o acusado, Stenio, este representante legal da empresa *Fercycle*, teria expedido ordem de serviço n° 084/2013, com determinação à Comissão Municipal Permanente de Licitação Pública, a abertura de processo licitatório, na modalidade de *pregão*, para aquisição de materiais de construção, com fins de atendimento à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, sem que tivesse havido

qualquer pedido desta Secretaria, com o fim de obterem vantagem decorrente da adjudicação do objeto para a empresa administrada pelo correu Stenio, frustrando-se, assim, o caráter competitivo do processo licitatório”.

Some-se a isto que, em se tratando de crime cometido mediante o concurso de agentes e, mais do que isso, por estarmos diante de sujeitos que teriam participado do processo licitatório, com outras condutas, já se consolidou o firme entendimento da jurisprudência pátria no sentido de se aceitar, em tais hipóteses, o oferecimento de denúncia em caráter geral, posto que se faz inviável à parte acusatória esmiuçar, *prima facie*, de modo exauriente, uma conjuntura fática com certo grau de complexidade. Senão, vejamos:

“INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO DAS ELEMENTARES DO TIPO. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. (...)

4. Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de encerramento prematuro da persecução penal nos casos em que a denúncia se mostrar inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que, de todo modo, não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

5. No caso em comento, após análise detida dos autos, e na esteira das conclusões da Corte *a quo*, tem-se que a denúncia faz a devida qualificação do acusado, descreve de forma suficiente as condutas delituosas perpetradas pelo suposto agente, que, em tese, configuram crimes (homicídios

qualificados e torturas física e psicológica em associação), e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, outrossim, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

6. Outrossim, esta Corte Superior de Justiça admite a denúncia de caráter geral, quando for ação criminosa com múltiplos agentes e condutas (ou que), por sua própria natureza, devem ser praticadas em concurso – como na hipótese em concreto, em que os acusados, perpetraram crimes de homicídio duplamente qualificados e consumados (em número de onze) e na modalidade tentada (em número de três), além de torturas físicas e psicológicas –, na medida em que, em tais hipóteses, não se mostra possível, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos. Não se pode descuidar do fato de que da narrativa delitiva deve ser possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como lembrar que os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação dada pelo *Parquet*, sendo reservado para a instrução criminal o detalhamento mais preciso de suas condutas, a fim de que se permita a correta e equânime aplicação da lei penal. Precedentes.

7. Nesse contexto, não há, na espécie, constrangimento ilegal passível de correção, não merecendo prosperar a irresignação no que se refere ao trancamento prematuro da persecução penal por inépcia da denúncia, posto descritos fatos e circunstâncias necessários ao exercício do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo descabido o nível de detalhamento perseguido, por somente se mostrar viável durante a instrução processual”

(STJ, Quinta Turma, RHC 82.575/CE, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Julgado em: 22/05/2018, DJe 08/06/2018).
(frisamos).

“HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL). INÉPCIA DA DENÚNCIA. DELITO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES. DESCRIÇÃO IDÔNEA DOS FATOS. AMPLA DEFESA GARANTIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal, a qual descreve a conduta típica cuja autoria é atribuída aos pacientes devidamente qualificados e permite o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. **Nos delitos praticados em concurso de agentes a jurisprudência desta Corte não exige a descrição minuciosa da colaboração de cada um para o evento delituoso, bastando que seja narrado o fato principal de forma que se possibilite o exercício do direito de defesa, como ocorre na hipótese.** Precedentes”

(STJ, Quinta Turma, HC 260.318/MA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 26/03/2014). (gizamos).

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES PERPETRADOS EM CONCURSO DE PESSOAS. DESCRIÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.

1. De acordo com a jurisprudência desta Casa, o trancamento da ação penal é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando, de forma inequívoca, emergirem dos autos a atipicidade da conduta, a inocência do acusado ou, ainda, quando for impedida a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa.

2. **Nos crimes perpetrados mediante concurso de pessoas, defronta-se o órgão acusatório, no momento de oferecer a denúncia, com uma pluralidade de acusados envolvidos na prática delituosa. Nessa situação, a narrativa**

minudente de cada uma das condutas atribuídas aos vários agentes é tarefa bastante dificultosa, muitas vezes impraticável. Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa vem admitindo, excepcionalmente, em relação aos coautores e partícipes, possa o titular da ação penal descrever os fatos de forma geral, sem apontar, separadamente, a conduta atribuível a cada um dos acusados, tendo em vista a incapacidade de se mensurar, com precisão, em detalhes, o modo de participação de cada um dos réus na empreitada criminosa. Portanto, será válida a peça acusatória quando, a despeito de não delinear as condutas individuais dos corréus, anunciar o liame entre a atuação do denunciado e a prática delituosa, demonstrando a plausibilidade da imputação e garantindo o pleno exercício do direito de defesa.
Precedentes.

3. Na espécie, narrou o titular da ação penal pública, com arrimo nos dados coletados durante o inquérito policial, o modo de atuação dos recorrentes, anunciando, com inteligibilidade, todos os elementos do tipo penal, notadamente a grave ameaça empregada e o intuito de favorecer interesse próprio ou alheio, permitindo o contraditório e a ampla defesa. Há nos autos elementos conducentes à ocorrência dos crimes narrados na incoativa, tudo a recomendar remessa do feito à amplitude própria da instrução criminal, momento oportuno ao exame da procedência da acusação, mediante cotejo de provas.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento”

(STJ, Sexta Turma, RHC 43.049/RJ, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 04/10/2017). (marcamos).

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PENAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ART. 58 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAS. ARTS. 288 E 33 DO CP. INÉPCIA DA

DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. JUSTA CAUSA. DEMONSTRAÇÃO. (...)

2. A denúncia não é inepta, pois nela há a descrição de condutas que, em tese, enquadram-se nos tipos do art. 58 da Lei das Contravenções Penais e nos arts. 288, parágrafo único, e 333, parágrafo único, ambos do Código Penal, todos cometidos em concurso de pessoas, sendo mencionado que o paciente tinha domínio e ciência dos fatos criminosos, o que é suficiente para justificar a sua inclusão no polo passivo da ação penal.

3. A peça acusatória demonstrou a existência de elementos probatórios mínimos a autorizar a deflagração da ação penal, consistentes na transcrição de trechos de conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial, que demonstrariam o envolvimento do paciente nas práticas ilícitas descritas na denúncia, não procedendo a alegação de falta de justa causa.

4. *Habeas corpus* não conhecido”

(STJ, Sexta Turma, HC 242.129/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 06/05/2014). (realçamos)

Logo, tem-se por cristalino que a exordial acusatória descreveu, adequadamente, a realidade fática das condutas imputadas, atendendo, pois, a todas as formalidades exigidas pelo art. 41 do C.P.P., inclusive no tocante à narrativa geral da dinâmica delitiva individual de cada denunciado, mostrando-se totalmente fora de contexto a preliminar de inépcia ora suscitada.

Quanto a **segunda e última questão prévia**, notadamente pela qual se suscita a ocorrência de *abolitio criminis*, ao sustentar que a revogação total do artigo 90, da Lei nº 8.666/1993, pela Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021, a qual alterou o Código Penal para incluir os artigos 337-E ao 337-O, no capítulo "*Dos crimes em licitações e contratos administrativos*", não poderia retroagir para prejudicar os ora acusados, entende-se, também, que a mesma deve ser refutada.

Por certo, a infração penal inserta no artigo 90, prevista na Lei nº 8.666/1993, conquanto expressamente revogada pela Lei nº 14.133/2021, seu núcleo verbal foi incluído no artigo 337-F do Código Penal, preservando, portanto, a natureza ilícita da conduta típica, sendo certo que, a evolução legislativa em defesa da higidez das contratações públicas está abarcada pelo fenômeno jurídico da “continuidade normativo-típica”, o qual estabelece que, fica mantida na nova lei as elementares dos tipos penais imputados pelo órgão do Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, com utilização da penalidade da norma revogada, por ser mais benéfica ao réu, mantendo, dessa forma, as condutas descritas no campo da ilicitude penal.

Em verdade, não obstante o novo tipo penal (art. 337-F do C.P.), ter como preceito secundário, pena privativa de liberdade mais severa (4 a 8 anos), assim como sanção prisional mais rigorosa (reclusão), a jurisprudência pátria, consolidou o entendimento de que as condutas praticadas anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, na forma ocorrida no caso em exame, devem ser analisadas à luz da Lei n.º 8.666/1993, em observância ao princípio da ultratividade da lei penal.

Na ensanchas, a tranqüila jurisprudência sobre o tema, *ad colorandum*:

“O delito previsto na antiga legislação (art. 90 da Lei 8.666) foi revogado e imediatamente substituído (art. 193, I, e art. 178, ambos da lei 14.133/21). Todavia, a revogação do crime da antiga lei 8.666/93 não resulta na extinção da punibilidade em razão da continuidade normativo típica, desta feita, pela inovação operada no Código Penal (art. 337-F). A tese de que a nova lei não traria a mesma redação do dispositivo revogado não se sustenta, porquanto a novel redação advinda com a Lei 14.133/2021 apenas suprimiu a expressão " mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente", o que, por representar apenas mera enumeração da forma em que a fraude pode ser realizada, em nada afeta a substância do preceito incriminador. "Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

aplica-se à situação o princípio da continuidade normativa típica, que ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário. HC 204.416/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 24/05/2012. Precedentes, decisões monocráticas: Aresp 1422129, Relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/10/2019 e Resp 1422138/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Dje14/10/2019" (TRF5, PROCESSO: 00009898620144058100, APELAÇÃO CRIMINAL, Rel. Des. Fed. MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT, 4ª TURMA, j.12/11/2019). Manutenção da decisão de não reconhecimento da extinção da punibilidade.” (STJ - REsp 1969686 RELATOR(A) Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO DATA DA PUBLICAÇÃO 02/04/2024 DECISÃO RECURSO ESPECIAL Nº 1969686 - PE (2021/0356449-6).

“Ausência de descriminalização do tipo penal ('abolitio criminis'). Continuidade normativo-típica da conduta prevista no artigo 90, caput, da Lei nº 8.666/93 (art. 337-F do Código Penal) - Irretroatividade da nova Lei de Licitações, por se afigurar mais gravosa aos réus. Aplicação ultrativa da norma inicialmente imputada Rejeição.” (STJ - AREsp 2093119 RELATOR(A) Ministro JOEL ILAN PACIORNIK DATA DA PUBLICAÇÃO 22/02/2024 DECISÃO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2093119 - SP (2022/0084441-3).

“No caso, a defesa não aduziu nenhuma das hipóteses do art. 619 o CPP, devendo-se salientar, ainda, que a decisão ora embargada, quanto à tese de abolitio criminis, salientou que “não há falar em extinção da punibilidade por abolitio criminis, pois, segundo a jurisprudência desta Corte “[n]ão houve abolitio criminis das condutas tipificadas nos arts. 90

e 96, I, da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021, permanecendo sua criminalização nos arts. 337-F e 337-L, V, do CP". (STJ - AgRg no AREsp n. 2.035.619/SP, rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe de 29/4/2022), a atrair a incidência da Súmula n. 83 do STJ.” (EDcl no REsp 2003180 RELATOR(A) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ DATA DA PUBLICAÇÃO 22/02/2024 DECISÃO EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 2003180 - CE (2022/0147278-4).

“Uma vez verificada a continuidade típico-normativa da conduta prevista no artigo 90 da Lei 8.666/93 pela conduta descrita do artigo 337-F da Lei 14.133/21, não há que se falar em abolitio criminis, pelo que se faz necessário o afastamento da extinção da punibilidade, dando regular seguimento a execução penal”. (STJ - AREsp 2404412 RELATOR(A) Ministro RIBEIRO DANTAS DATA DA PUBLICAÇÃO 13/11/2023 DECISÃO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2404412 - MG (2023/0218238-8).

“Não houve abolitio criminis das condutas tipificadas nos arts. 90 e 96, I, da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021, permanecendo sua criminalização nos arts. 337-F e 337-L, V, do CP. Incidência do princípio da continuidade típico-normativa. Agravo regimental desprovido.” (STJ - RHC 170308 RELATOR(A) Ministro JOEL ILAN PACIORNIK DATA DA PUBLICAÇÃO 14/08/2023 DECISÃO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 170308 - PA (2022/0278684-2).

“Não consta que a questão da abolitio criminis tenha sido apresentada ao Juízo de origem, contudo de rigor o conhecimento da presente impetração eis que é matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo magistrado, nos termos do art. 61 do CPP. Com a superveniência da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, as Seções III (Dos Crimes e das Penas) e IV (Do

Processo e do Procedimento Judicial) do Capítulo IV (Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial) da Lei nº 8.666/1993 foram expressamente revogadas na data de sua publicação, sendo que o art. 193 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que: Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei. Ao mesmo tempo o art. 178 da Lei nº 14.133/2021 fez incorporar o 'CAPÍTULO II-B - DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS' (arts. 337-E a 337-P) no Título XI da Parte Especial do Código Penal, prevendo os novos tipos penais. Ao cotejarmos o art. 337-F e o artigo 337-L com os arts. 90 e 96 da Lei 8.666/93, verifica-se uma continuidade normativo-típica, pois o caráter criminoso do fato foi mantido, mas apenas em outro dispositivo penal. Ademais, há a superveniência de novatio legis in pejus, uma vez que as penas cominadas foram agravadas com a nova lei, pois o preceito secundário dos arts. 90 e 96 eram mais benéficos aos pacientes, já que previam pena de detenção, em oposição à pena de reclusão agora cominada. Desta sorte não é possível acolher a alegação de que a conduta imputada aos pacientes seria atípica. Ordem denegada." (STJ - RHC 172201 RELATOR(A) Ministra LAURITA VAZ DATA DA PUBLICAÇÃO 01/06/2023 DECISÃO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 172201 - SP (2022/0328226-1).

"A conduta inserta no art. 90 da lei nº 8.666/93 foi revogada pela lei nº 14.133/21 mas integralmente transposta para o art. 337-F do código penal, não tendo havido alterações substanciais no seu conteúdo proibitivo. Princípio da continuidade normativo-típica. Logo, tal alteração não importou em abolitio criminis ou em novatio legis in melius, já que a nova reprimenda é mais gravosa. fato praticados durante a vigência do artigo 90 da lei nº 8.666/93. aplicação de tal dispositivo. (c) alegada inadequação da tipificação da conduta descrita na denúncia e da prescrição. Pretendida reclassificação do delito para o previsto no artigo 93 da lei de licitações. preliminar analisada juntamente com o

mérito.” (STJ - AREsp 2276658 RELATOR(A) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA DATA DA PUBLICAÇÃO 02/03/2023 DECISÃO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.276.658 - RS (2023/0007257-3).

“O simples fato de um artigo ter sido revogado não autoriza a conclusão de que a conduta, nele, contida, deixou de ser típica e, portanto, criminosa. É que, como se sabe, o fato típico - apesar de abolido de determinada lei - pode ter sido inserido em outro dispositivo legal cujo vigor se faz presente. No caso em apreço, de fato, a Lei nº 14.133/2021 revogou expressamente o art. 96 e, conseqüentemente, seu inciso I. Todavia, isto não quer dizer que a conduta de fraudar licitação nos moldes ali registrados deixou de ser típica e, portanto, criminosa. Nesse sentido, basta ver que, após a aludida revogação, o Código Penal passou a contar com outros artigos, os quais abraçaram várias das condutas delituosas contidas na Lei de Licitações... Em suma, como bem destacou o juízo de primeiro grau, a conduta prevista no art. 96, I, da Lei de Licitações continua prevista como criminosa e devidamente esculpida no art. 377-L, V, do CPB. Não há que se falar, portanto, em abolitio criminis.” (STJ - RHC 167639 RELATOR(A) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA DATA DA PUBLICAÇÃO 24/11/2022 DECISÃO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 167639 - SE (2022/0212074-0).

“O tempo dos fatos narrados na denúncia, o tipo penal era previsto no artigo 90 da Lei n. 8.666, que tinha a seguinte redação: 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. A Lei n. 14.133 revogou o dispositivo da Lei n. 8.666, mas preservou o tipo penal, realocando-o no Código Penal, no artigo 337-F, que traz o seguinte texto: Frustrar

*ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório. Essencialmente, não houve modificação na tipificação, porque a lei nova continuou a reputar delituosa a prática de fraude ao caráter competitivo de licitação com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame. Portanto, não se pode cogitar de extinção da punibilidade com suporte na norma do artigo 107, inciso III, do Código Penal. Precedente do STJ: AgRg no AREsp n. 2.035.619/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.” (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (RSE) Relator(a) Juiz Federal BRUNO APOLINÁRIO Origem **TRF 1 - PRIMEIRA REGIÃO Órgão julgador TERCEIRA TURMA** Data 25/08/2022).*

“O tipo do art. 90 da Lei n.º 8.666 /1993 foi revogado pela Lei n.º 14.133 /2021. Contudo, esta lei incluiu no Código Penal o art. 337-F, que criminaliza a mesma conduta, operando-se a chamada continuidade normativa típica, a afastar a abolitio criminis. A pena privativa de liberdade prevista para o crime do art. 90 da Lei n.º 8.666 /1993 (lei anterior) é inferior àquela do art. 337-F do Código Penal (lei posterior), razão pela qual há de se observar a sanção prevista na norma revogada.” (TRF-5 - Ap: 00002909020134058404, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ARTHUR NAPOLEÃO TEIXEIRA FILHO (CONVOCADO), Data de Julgamento: 02/12/2021, 1ª TURMA).

“O delito de fraude a licitação encontrava-se previsto no artigo 90 da Lei n. 8.666/93, redação anterior à vigência da Lei n. 14.133/2021. Sabe-se, contudo, que fora promulgada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei n. 14.133/21, estando agora o crime disciplinado no art. 337-F do Código Penal. Embora tal dispositivo tenha sido

revogado pela Lei n. 14.133/21, não houve abolitio criminis, mas apenas continuidade normativo-típica. Como a nova legislação é mais abrangente e prevê pena mais severa, aplica-se a norma revogada que vigia quando dos fatos, pois é mais benéfica aos réus, em razão da non reformatio in pejus.” (APELAÇÃO CRIMINAL (ACR) Relator(a) JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA (CONV.) Origem **TRF1** - PRIMEIRA REGIÃO Órgão julgador DÉCIMA TURMA Data 22/08/2023).

“O art. 178 da Lei nº 14.133/2021 fez incorporar o "CAPÍTULO II-B - DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS" (arts. 337-E a 337-P) no Título XI da Parte Especial do Código Penal, prevendo, dentre os novos tipos penais, exatamente o delito de "frustração do caráter competitivo de licitação" (art. 337-F). A revogação dos crimes da Lei 8.666/93 não significa, contudo, que, necessariamente, tenha ocorrido "abolitio criminis". 5. Ao cotejarmos o artigo 337-F com o artigo 90 da Lei 8.666/93, verifica-se uma continuidade normativo-típica, pois o caráter criminoso do fato foi mantido, mas apenas em outro dispositivo pena.” (APELAÇÃO CRIMINAL .SIGLA_CLASSE: ApCrim Relator(a) Desembargador Federal PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES Origem **TRF3** - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador 5ª Turma Data 25/10/2023).

Diante dos fundamentos expostos, **rejeita-se ambas as questões prévias** arguidas.

No **mérito**, conclui-se pela procedência do pleito defensivo absolutório, haja vista que, da leitura atenta e minuciosa do conteúdo de todos os elementos de prova trazidos aos autos, e feitas as devidas confrontações entre os mesmos, chega-se à conclusão de que, embora inegável a materialidade do crime descrito na exordial acusatória, a autoria delitiva, por sua vez, resultou efetivamente duvidosa, em relação aos réus nomeados, pois não se verificou no processo licitatório nº 14/2013 que, o

primeiro acusado, Marcos Antonio, então Prefeito da cidade de Natividade, teria agido em conluio com o corrêu, Stenio, com dolo de fraudar e causar danos ao erário público e beneficiar-se com o ato.

Conforme relatado alhures, narra a denúncia que no dia 25 de fevereiro de 2013, na Prefeitura Municipal da cidade de Natividade, o acusado Marcos Antonio, na qualidade de prefeito do município, teria expedido a ordem de serviço nº 084/2013 determinando à Comissão Municipal Permanente de Licitação Pública, a abertura de processo licitatório, na modalidade de pregão, para aquisição de materiais de construção, em atendimento à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, sem que tivesse havido pedido da referida Secretaria, com fins de beneficiar o corrêu Stenio, administrador da sociedade empresária, Paulo Roberto Pereira da Silva, CNPJ nº 01.052.741/0001-89, nome fantasia *Fercicle*, e obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da referida licitação, frustrando-se o caráter competitivo do certame, porquanto, teriam estes agido em concorrência de ações para que a competição ficasse restrita à empresa administrada pelo corrêu nomeado.

No entanto, embora o processo licitatório tenha se iniciado por ordem do então prefeito municipal, assim como a publicação do certame teria sido realizada apenas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, e, ainda, a verificação da prática de atos em uma mesma data, não resultou devidamente demonstrado a vontade dos agentes de frustrar ou fraudar o procedimento, pois tais afirmativas, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, acompanhadas por este Sodalício, não são suficientes para demonstrar o dolo dos réus e caracterizar, assim, a ocorrência do ilícito penal, em apreço.

Tem-se, assim que, do exame da prova constante nos autos, após a instauração de inquérito policial para a averiguação dos fatos, a testemunha, Valeska Soares Gloria Alvim, até então coordenadora geral da comissão de licitação da prefeitura municipal de Natividade, afirmou em na Delegacia de Polícia, *in litteris*:

“Que a declarante era membro da comissão de licitação da prefeitura municipal de Natividade/RJ no ano de 2.010, ficando até junho

de 2.015; **Que foi coordenadora geral da comissão; Que a declarante era Pregoeira da licitação em questão e Adilson Ribeiro Soares era membro da equipe de apoio, Eduardo Lima Oliveira (FALECIDO) era membro da comissão municipal de Licitação e Paula Cristina Soares Pinho de Oliveira também membro; Que Taninho era o prefeito, Eduardo Stanislau era o controlador interno, Leandro Capita Dias era o procurador, não sabe informar quem era o Sec. Desenvolvimento Urbano, Pagamento era com Maristela Vargas da Silva; Que a declarante se recorda que teve uma licitação, não se recordando a data, porém em 2.013, sobre compra de material de construção, não se recordando detalhes; Que a empresa que ganhou a licitação (pregão) foi a PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA (FERCICLE); **Que não necessariamente teria que ter ofício da Sec. de Desenvolvimento Urbano solicitando a abertura de processo licitatório quando há uma Ordem de Serviço do Prefeito; Que foi dada publicidade no Diário Oficial do Estado RJ de acordo com lei 10.520/02, não necessitando de publicação em jornal local; Que não tem necessidade de ter parecer do controlador interno da PMN, tem que ter o parecer jurídico; Que no pregão se comparecer apenas uma empresa, o órgão de licitação tem a obrigação de realizar o certame, somente não podendo adquirir o item em questão se o valor do licitante estiver acima do valor médio do certame, dando a oportunidade ao licitante na fase de lance verbal ou chegar no valor da média de mercado ou abaixo; Que o Anexo I do termo de Referência faz parte sim do edital, porém está em branco porque certamente não foi colocado no processo, mas está em computador; Que o parecer da procuradoria e a homologação do prefeito saiu no mesmo dia, e não há nenhum impedimento, pois somente existia uma empresa, não tendo outra empresa presente para abrir um recurso na licitação; Que somente é dado prazo de três dias para recurso de alguma irregularidade quando há outra empresa licitante presente e solicita tal prazo; **Que não houve fraude na licitação em questão.******” (sublinhamos).

A testemunha arrolada pelo órgão ministerial, Adilson Ribeiro Soares e membro da comissão de licitação do governo em que o acusado, Marcos Antonio, era prefeito, afirmou em sede inquisitiva, que fazia “**parte da Comissão e de Licitação do governo do ex-prefeito "Taninho"**”, porém não se recorda quando foi, não se lembra qual ano; Que Valeska era a presidente da comissão à época; Que o declarante trabalhava

na parte de abastecimento, e ajudava pouco na licitação; *Que o declarante não se recorda sobre compra de materiais de construção em 2.013, tendo como ganhadora a empresa do sr. Paulo Roberto Pereira da Silva; Que o declarante não sabe informar se teria que ter a obrigação de ofício da secretaria de desenvolvimento urbano solicitando a abertura de processo licitatório, não tem conhecimento à respeito; Que no conhecimento do declarante, quanto à publicidade do ato, bastaria publicar em algum meio, seja jornal local ou DO; Que o declarante não sabe informar se tem a necessidade de ter parecer do Controlador Interno da PMN no processo licitatório; Que não há irregularidade em comparecer apenas uma empresa no dia do certame, certamente apenas uma viu a publicação; Que o declarante não sabe informar se é comum o parecer da procuradoria e a homologação do prefeito acontecer no mesmo dia; Que o declarante saia muito devido trabalhar com abastecimento e portanto ficava pouco envolvido na questão de licitação; Que não houve fraude.” (grifamos).*

A testemunha, Paula Cristina Soares Pinho de Oliveira, também ouvida pelo órgão de acusação, narrou em sede policial, *in verbis*:

“Que a declarante foi Sub-secretária de Administração e Fazenda da PMN no período de 2.009 a 2.013; Que fazia parte da Comissão de Licitação da PMN; Que a declarante se lembra vagamente da licitação de compra de materiais de construção que teve como "ganhador" a Fercicle; Que a declarante não sabe informar como se montava o processo, se teria necessidade de ofício da Sec. de desenvolvimento solicitando a abertura de processo licitatório; Que a declarante não sabe informar sobre como se dá a publicidade do feito, porque participava como equipe de apoio, pois atuava em outra área, somente auxiliando na comissão; Que a declarante não sabe informar dados técnicos sobre a licitação, sobre não ter parecer do controlador interno da prefeitura e dizer comum aparecer apenas uma empresa no pregão, somente não acontecendo o mesmo se não aparecer nenhuma, e a declarante não sabe informar sobre demais "irregularidades", como também se é normal o parecer e a homologação saírem no mesmo dia; Que a declarante somente conferia alguma documentação que era pedida pela presidente Valeska, fazia ata e demais o que fosse solicitado; Que não teve fraude na citada licitação.” (grifos nossos).

O controlador interno da Prefeitura de Natividade, Eduardo Estanislau Gama, arrolado como testemunha pelo órgão do *Parquet*, declarou ainda na Delegacia de Polícia que **“era Controlador Interno da prefeitura municipal de Natividade/RJ de janeiro de 2013 a junho de 2015; Que o declarante se recorda que teve uma licitação, não se recordando a data, sobre compra de material de construção, em que a empresa Fercicle foi a vencedora; Que como Controlador Interno o declarante não teve participação direta em licitações; Que a empresa que ganhou a licitação (pregão) foi a PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA (FERCICLE); Que o declarante desconhece que teria que ter ofício da Sec. de Desenvolvimento Urbano solicitando a abertura de processo licitatório, não tem conhecimento à respeito; Que o declarante sabe que tem que ter publicidade, porém não sabe se teria que ter que publicar em jornal local também; Que no artigo 38 da lei 8.666/93 exige somente parecer da procuradoria jurídica; Que se foi dada publicidade e compareceu apenas uma empresa, o declarante acha que não teria problema em comparecer apenas uma empresa no dia do pregão; Que deveria ter no Anexo I do termo de Referência os dados e não estarem em branco; Que o declarante não vê problema no parecer da procuradoria e a homologação do prefeito acontecerem no mesmo dia, porém não fez parte da licitação, portanto não sabe informar à respeito; Que não houve fraude na licitação em questão.”** (sublinhamos).

O acusado, Marcos Antonio da Silva Toledo, em sede policial, afirmou, *in litteris*:

“Que o depoente foi prefeito do município de Natividade/RJ de 01/01/2009 à 24/06/2014; Que o depoente tinha uma equipe técnica onde a Valeska era presidente da Comissão de Licitação da PMN; Que o depoente não se recorda do processo licitatório em questão, onde teve como ganhadora a empresa Fercicle no ano de 2013; Que o depoente não sabe informar porque não consta no processo licitatório ofício da Secretaria de Desenvolvimento Urbano da PMN, que poderia ter como secretário o sr. Edir Teixeira Vieira, mas o depoente não tem certeza; Que o depoente não sabe informar porque o Anexo I está em branco; Que o depoente desconhece que deveria ter publicidade em jornal de circulação local, já que foi

divulgado no DO/RJ; Que o depoente não sabe informar, desconhece quanto a ter parecer do Controlador Interno da PMN, somente narra que a equipe era muito capaz, e qualificada; Que quanto ao comparecimento de somente a empresa vencedora da licitação no dia do certame, o depoente não sabe informar pois nunca participava de processo desta natureza; Que o depoente somente homologava, e somente entrava em seu gabinete com parecer jurídico, mas não se recorda sobre o parecer jurídico e sua homologação ter saído no mesmo dia, que se assim ocorreu, o depoente não ver nada de anormal se o processo estava terminado; Que não houve fraude neste, nem em qualquer outro processo de licitação; Que o depoente somente homologava, desconhece como funciona a parte técnica.” (grifamos).

O corregedor da Prefeitura da cidade de Natividade, Leandro Capita Dias, quando questionado na Delegacia de Polícia asseverou que **“foi Corregedor da PMN de outubro de 2011 à 24/06/2015; Que o declarante não se recorda do processo licitatório que teve como empresa ganhadora a Fercicle (em 2013); Que o declarante foi designado pela procuradoria para dar parecer nas minutas de editais de licitação, esta era a função do declarante, era visto se estava tudo de acordo com a Lei 8666/93, e logo após o processo retornava à comissão de licitação para segmento; Que o declarante desconhece partes técnicas do processo licitatório, portanto não sabendo informar sobre falta de documentos como ofício da Sec. de desenvolvimento Urbano; Que o declarante verificava na minuta todos os anexos, e tem certeza que o Anexo I que era o termo de referência estava normal, senão o declarante não teria dado o parecer; Que o declarante diz que o DO/RJ é o máximo em termos de publicação, não teria necessidade de publicação em jornal de circulação local; Que o declarante não sabe informar sobre a questão de ter parecer do Controlador Interno da PMN na licitação; Que o fato de aparecer somente uma empresa no dia do certame o declarante não ver nenhum problema nisto; Que se está tudo certo quanto à licitação, o declarante daria seu parecer, porém não sabe informar sobre a homologação do prefeito ser no mesmo dia, se isso era comum ou não; Que pelo que o declarante sabe não houve fraude.”** (grifos nossos)

O corréu, Stenio, em sede policial afirmou que **“o sr. Paulo Roberto é o proprietário da empresa Fercicle, empresa de venda de materiais diversos, incluindo materiais de construção, que é administrada**

pele depoente; que o depoente se recorda do processo licitatório nº 014/2013; Que o depoente tem em sua loja (Fercycle) um programa de computador onde é colocado os itens que a empresa vende e o programa faz busca no DO do Estado e da União; que o depoente ficou sabendo na época através programa o edital; Que constava no edital diversos itens, dizendo que haveria um pregão, e com o preço médio; Que o depoente arrumou toda a documentação e compareceu na sede da sala da licitação do PMN, não se recordando a data do pregão; Que no dia do pregão somente o depoente compareceu e estava presente a Valeska (pregoeira) e o então prefeito Taninho, não se recordando de demais servidores; que o próprio Taninho pediu para esperar cerca de 15 minutos para ver se mais alguma empresa iria chegar, porém não chegou, e somente o depoente participou do pregão; porém o depoente ficou sabendo que mais empresas tiraram o edital; Que a pregoeira Valeska foi falando o preço médio e o depoente foi dando seus preços, finalizando com todos os preços abaixo do preço médio; que o depoente não sabe porque as outras empresas não compareceram no dia marcado; **que o depoente, como já dito soube da licitação através do DO/RJ;** que o depoente não sabe questões técnicas como se deveria ter ofício da secretaria de desenvolvimento urbano ou ofício do controlador interno, o porquê do Anexo I está em branco, se deveria ter sido publicado em jornais locais, além do DO/RJ, se é comum não comparecer todas as empresas no dia do certame e demais dados da licitação porque o depoente não sabe funciona; no dia do certame; **Que o depoente nega qualquer tipo de fraude; Que o depoente venceu a licitação em questão, porque teve os menores preços; Que o material de construção que o depoente não se recorda quais seriam e valor total, foram entregues na sede da SEC de obras, e recebeu o valor dos materiais através de transferência bancária, não se recordando detalhes; Que o depoente reconhece como sendo de sua empresa o orçamento de página 09; Que o depoente não se recorda o valor total que recebeu pelo fornecimento pelo material.**” (grifamos).

O Secretário de Obras no governo municipal à época dos fatos, Edie Vieira Teixeira, perante o órgão do Ministério Público, declarou, *in litteris*:

“Que foi Secretário de Obras no governo do Prefeito Marcos Antônio no período de agosto de 2011 a setembro de 2014; a Secretaria de Desenvolvimento Urbano é a própria Secretaria de Obras; o depoente fazia solicitação de material ao Departamento de Compras da Prefeitura, fazendo isso sempre por escrito, visando a atender a diversas obras que eram realizadas na cidade; que acha que esse material descrito às fls.78 pode ter sido utilizado em diversas obras no Município, como muros de contenção no Bairro Areião e outros, não sabendo especificar o destino de referidos materiais; que a rotina de trabalho do depoente era sempre no sentido de fazer as solicitações de compra de material na forma antes referida; o proprietário da empresa que tem nome fantasia FERCICLE é o Sr. Paulo Roberto; que acha que Paulo Roberto nem se envolve com política, não tendo o visto em nenhum comício; não sabe se Paulo Roberto mantinha vínculo de amizade com o ex-prefeito Marcos Antônio; não sabe informar se Paulo Roberto, por si ou por sua empresa, contribuiu para a campanha política do ex-prefeito Marcos Antônio; quase 100% do material que chegava na Secretaria que o depoente era secretário era recebido pelo próprio depoente; não sabe explicar a razão de nesse processo licitatório n°14/2013 ter sido o próprio ex-prefeito Marcos Antônio que efetuou a solicitação do material, conforme fls.07; que confirma as assinaturas no documento de fl.121; que confirma na íntegra o depoimento de fl.121 que ora lhe foi lido; ao receber o material na Secretaria o depoente conferia o material; conhece Íris Silviane Moreira Sila que trabalhava como Secretária na Secretaria que o depoente era secretário; que confirma as três assinaturas no documento de fl.78verso, como sendo do depoente e acha que a quarta assinatura é de Íris; Íris não chegava a conferir o material que era entregue na secretaria; que Íris sequer conhecia os materiais específicos que chegava na secretaria; que na Secretaria não havia o carimbo de atesto que se encontra às fls.78verso; que não tem conhecimento de quantos funcionários eram necessários para atestar o recebimento de mercadorias na sua secretaria; que acha que assinou o documento de fl.78verso na sua secretaria; que não se lembra se possuía na secretaria, na verdade, o primeiro carimbo da fl.78verso; que reconhece que o primeiro carimbo referido está assinado sem data; que não sabia de qualquer irregularidade na referida licitação; não se lembra se houve algum pedido especial do prefeito em relação a este processo licitatório.”

A funcionária da Secretaria de Obras, Iris Silvine Moreira Silva, ao ser ouvida pelo membro do *Parquet*, afirmou que “*trabalhava fazendo os ofícios na Secretaria; a rotina na secretaria era o Secretário fazer as solicitações de compras de materiais à Prefeitura mediante ofício, que a depoente digitava; na Secretaria de Obras havia uma pasta com todos os ofícios arquivados; não se lembra especificamente de ter feito ofício em relação ao processo licitatório nº014/2013; os matérias chegavam na secretaria e eram verificados pelo Secretário, sendo que este pedia a depoente para assinar atrás da nota fiscal; a depoente não conferia os materiais recebidos, até porque não tem conhecimento específico sobre materiais de obra; que reconhece sua assinatura no documento de fl. 78verso, última assinatura, reconhecendo também as outras três assinaturas como sendo do Secretário Edie; que ratifica que não conferiu o recebimento dos materiais referidos na nota fiscal de fl.78; que não sabia que eram necessários três funcionários para receber os materiais na secretaria, atestando no verso da nota; que a depoente exercia cargo em comissão; que nunca presenciou o proprietário da empresa FERCICLE na Secretaria de Obras; não sabe informar se o proprietário da empresa FERCICLE era amigo do ex-prefeito Marcos Antônio; o ex-prefeito Marcos Antônio apenas aparecia na secretaria para cumprimentar os funcionários, e isso por poucas vezes.*”

Em juízo, a testemunha, Eduardo Estanislau Gama, declarou sob o crivo do contraditório que “**na hora do pagamento, quando já estava empenhado, o procedimento licitatório já estava encerrado, era empenhado o termo de homologação com o parecer do jurídico, a nota fiscal chegava atestada, a gente conferia isso. Perguntado pelo Promotor de Justiça se o pagamento do Pregão nº 14/2013 passou no setor da controladoria, respondeu: Não me recordo, a gente olha mais de quatro mil notas de empenho no ano, eu não me lembro. O pagamento passa pela gente, se esse aí não passou eu não sei o motivo, mas deveria passar o pagamento. Perguntado pelo Promotor de Justiça se teve acesso ao Termo de Referência que está em branco, respondeu: Não. Lá na delegacia me mostraram que tinha um termo de referência em branco. Perguntado pelo Promotor de Justiça se era comum isso acontecer, respondeu: Então, eu não sei por que a gente não olha os processos**

licitatórios. Perguntado pelo Promotor de Justiça qual é a sua função, respondeu: Advogado. Perguntado pelo Promotor de Justiça se pela profissão que exerce é normal esse termo de referência em branco, respondeu: Não. Perguntado pelo Promotor de Justiça se e comum o parecer jurídico e a homologação da licitação ocorrer no mesmo dia, respondeu: Doutor, já chegou lá pra mim outros que foram homologados e o parecer no mesmo dia, mas sempre em que só uma empresa concorria. Perguntado pelo Promotor de Justiça se sabe o porquê que foi adjudicado para essa empresa, respondeu: Não sei informar o motivo. Perguntado pelo Promotor de Justiça se houve demais pagamentos durante o período em que trabalhou no setor interno para a empresa vencedora, respondeu: Sim. Pagamentos com e sem licitação. Perguntado pelo Promotor de Justiça que tipo de conferência a controladoria fazia, respondeu: Era procedimental. Chegava o empenho, a gente conferia, no empenho vem constando se é dispensa ou licitação, se era licitação, a gente olhava se tinha o termo de homologação e se tinha o parecer do jurídico falando que a licitação estava correta. Aí a gente via se tinha o empenho, se era prévio a nota fiscal no caso, se a nota fiscal estava atestada ou não, confirmando que a mercadoria foi entregue, se estava liquidada, via também se a liquidação era posterior ao empenho e se adoção orçamentária estava de acordo com o termo de homologação, porque pode ser fonte de recursos diferentes, pra ver se estavam usando a fonte de recursos correta ou não. É essa parte contábil que a gente confere. Perguntado pelo Promotor de Justiça se a Procuradoria fazia essa mesma função, respondeu: Não, a procuradoria já na licitação mesmo, no procedimento licitatório, era anterior. Perguntado pela Defesa de MARCOS ANTÔNIO se confirma a assinatura de fl. 84, respondeu: É, é o parecer que a gente dava na hora do empenho. Perguntado pela Defesa de MARCOS ANTÔNIO se durante o tempo em que trabalhou na prefeitura de natividade o prefeito Marcos Antônio lhe pediu para facilitar ou agilizar ou vantagem, respondeu: Não. Perguntado pela Defesa de STENIO se somente a empresa FERCICLE participava das licitações ou outras empresas participavam, respondeu: Eu não sei do procedimento licitatório, porque não participava, mas chegava no pagamento o nome de outras empresas. Perguntado pela Defesa de STENIO se havia licitações com apenas um concorrente, respondeu: Sim. Perguntado pela Defesa de STENIO se confirma seu depoimento

prestado em sede policial, respondeu: Sim. A assinatura também é minha e confirmo os termos. Perguntado pela Defesa de STENIO se é possível fazer uma licitação onde no edital não há anexo disponível, respondeu: Realmente o anexo em branco é difícil. Perguntado pela Juíza se era o responsável pelos pagamentos, respondeu: Isso. Perguntado pela Juíza se o pagamento estava em dia, se tinha empenhos em aberto, respondeu: Na verdade a gente dá o parecer antes do pagamento, então na hora que está liquidado que eles mandam pro controle interno. Quando o pagamento foi feito já tinha passado pelo controle interno, eu não sei se os pagamentos estavam em dia ou não, depois que vai para o pagamento não volta para o controle interno. A gente não sabe a ordem em que é paga. No caso, é a tesouraria em paga, não tem comunicação, a controladoria é no terceiro andar e a tesouraria no secundo. A gente desce pra eles e eles pagam e mandam arquivar na contabilidade, não voltam para gente mais.” (grifamos)

A tesoureira, Maristela Vargas da Silva, em sede judicial, declarou que “lá na tesouraria chegam todos os processos de licitação, mas já chegam prontos né, empenhado, liquidado e atestado, só falta o pagamento. Perguntada pelo Promotor de Justiça o que emite, respondeu: A transferência, o cheque. Perguntada pelo Promotor de Justiça se observou como estava o termo de referência do pregão 14/2013, respondeu: Não me recordo, até porque já chega pronto. Chega pronto pra pagar, atestado, empenhado e liquidado. E homologado pelo prefeito. Perguntada pelo Promotor de Justiça se verifica se os documentos estão certos, respondeu: Não, porque já chega lá pra pagar, das voltas que ele dá, lá é só pra pagamento. Perguntada pelo Promotor de Justiça se o pagamento referente ao pregão 14/2013 fez no mesmo dia em que chegou, respondeu: Não me lembro. Perguntada pelo Promotor de Justiça se sabe qual foi a forma de pagamento, respondeu: Foi transferência. Perguntada pelo Promotor de Justiça se quando chega na tesouraria já chega com o número da conta para transferir, respondeu: Já chega pronto com o recurso. No processo vem um ordinário, convênio. Perguntada pelo Promotor de Justiça se a conta da empresa já vem nos documentos, respondeu: A gente tem uma agenda que já tem as contas dos fornecedores. Perguntada pela Defesa de MARCOS ANTÔNIO se quando o processo chega na tesouraria já houve

manifestação dos órgãos técnicos expressando que não há impedimento para o pagamento, respondeu: Quando chega pra mim, já chega pronto, não tenho o hábito de olhar essas partes não.

O Procurador do Município, Leandro Capita Dias, em juízo asseverou que “eu fiquei de 2001 a 2008 e de 2011 a 2015 e continuo agora como assessor jurídico na procuradoria. Perguntado pelo Promotor de Justiça se foi integrante da procuradoria durante o mandato de Marcos, respondeu: *Sim, como assessor jurídico, de 2011 a 2015, em 2015 já era interinos né.* Perguntado pelo Promotor de Justiça essa licitação passou pela procuradoria, respondeu: **Sim, passou por mim.** Perguntado pelo Promotor de Justiça se deu parecer favorável, respondeu: **Eu dei parecer na minuta do edital e no final.** Perguntado pelo Promotor de Justiça se percebeu que tinha documento em branco, respondeu: **Doutor, quando eu dei o parecer na minuta do edital tinha esse anexo e estava preenchido, porque se não tivesse eu não dava esse parecer.** Perguntado pelo Promotor de Justiça se esse parecer foi no mesmo dia, respondeu: **Sim. O que acontece, não eram todas que aconteciam isso, mas era bastante, que foram no mesmo dia. Nessa época do Marcos Antônio havia vários advogados lá na procuradoria, então eu ficava por conta de uma coisa. Eu não posso dizer que era praxe isso acontecer, mas que acontecia, acontecia várias vezes. Tinha outros casos iguais a esse também, porque as vezes não tinha licitação pra analisar, chegava uma no dia, aí analisava a minuta do edital e dava o parecer.** Perguntado pelo Promotor de Justiça se então isso era a regra de no mesmo dia sair o parecer e homologação, respondeu: **Não. Mas teve outros casos.** Perguntado pelo Promotor de Justiça quem era o responsável por levar para a análise, respondeu: *A comissão.* Perguntado pelo Promotor de Justiça se da procuradoria saia para a homologação do gabinete, respondeu: *Não. São duas fases, a primeira fase é a minuta, que veio pela comissão de licitação, aí dou o parecer e retorna para eles, para fazer a licitação, aí na segunda fase, vem pra mim, eu dou um parecer e volta pra comissão, aí a comissão que dá o andamento. Eu não me lembro quem é a pessoa que pegou o parecer e levou pro gabinete.* Perguntado pelo Promotor de Justiça se tem certeza de que o anexo I estava preenchido, respondeu: **Eu não tive acesso a licitação depois, agora eu vi meu parecer na delegacia, eu cito o anexo no parecer, se eu citei é porque estava,**

se eu citei o anexo é porque ele estava lá. Perguntado pelo Promotor de Justiça se percebeu se tinha ofício requisitando esse material, respondeu: Não vi. Perguntado pelo Promotor de Justiça se era a sua função ver esse ofício, respondeu: A minuta. O ofício não, apesar de estar no processo licitatório, mas chega pra mim a minuta, só analiso a minuta. Perguntado pelo Promotor de Justiça se então não analisa quem pede, qual o material, respondeu: Não. Eu só vi que tinha uma ordem de serviço do prefeito. Perguntado pelo Promotor de Justiça se era comum o próprio prefeito fazer a ordem de serviço solicitando esse tipo de licitação, respondeu: Normalmente, as ordens de serviços são para obras, mas vão encontrar outros com ordem de serviço. Mas isso não era regra, a regra era a secretaria fazer o pedido de material. Perguntado pelo Promotor de Justiça se sabe o porquê que Marcos Antônio fez essa ordem de serviço, respondeu: Não. Perguntado pelo Promotor de Justiça quem realizava a minuta do edital, respondeu: A comissão. Só analisava se essa minuta estava de acordo com a lei. Depois voltava pra mim, depois de concluído o certame. Perguntado pelo Promotor de Justiça se em algum momento o processo tramitava na controladoria do município, respondeu: Não passava. Se for na hora do pagamento eu não sei te dizer, porque eu já tinha dado o parecer. Perguntado defesa de **MARCOS ANTÔNIO** se quando a secretaria faz um pedido quem é o responsável por autorizar a abertura do procedimento licitatório, respondeu: **O prefeito. Sempre é o prefeito quem vai determinar a abertura do procedimento licitatório.** Perguntado defesa de **MARCOS ANTÔNIO** se não fosse a ordem de serviço como seria dada a autorização do prefeito para a abertura do procedimento licitatório, respondeu: **Quando partia do prefeito era expedido uma ordem de serviço mandando abrir uma ordem de serviço em atendimento a uma secretaria A, B ou C. Quando partia do prefeito, sempre teria uma ordem de serviço.** Perguntado defesa de **MARCOS ANTÔNIO** quando não partisse do prefeito, respondeu: Tá, reformula pra mim. Perguntado defesa de **MARCOS ANTÔNIO** se quando há ofício da secretaria solicitando o material quem autoriza e como, respondeu: Sempre é o prefeito e por ordem de serviço. Perguntado defesa de **MARCOS ANTÔNIO** se na ordem de serviço havia referência que era para atendimento da secretaria municipal de desenvolvimento urbano, respondeu: Acredito que sim, não sei de dizer. Perguntado defesa de **MARCOS ANTÔNIO** se até esse momento

esse procedimento não tem nada de anormal respondeu, respondeu: Não. Perguntado defesa de MARCOS ANTÔNIO se sabe informar se polícia ou o MP requisitaram uma cópia integral do procedimento licitatório, respondeu: Não sei informar. Perguntado pela Defesa de MARCOS ANTÔNIO se alguma vez Marcos lhe pediu para beneficiar em algum parecer, respondeu: Jamais. Perguntado pela Defesa de MARCOS ANTÔNIO se sabe informar se o pagamento é vinculado a um programa de uma conta e a um trabalho, respondeu: Sim. Perguntado pela Defesa de MARCOS ANTÔNIO se então é possível atrasar o pagamento de um empenho em virtude da conta e programa dele, respondeu: Isso daí doutor, não sei responder não. Perguntada pela Juíza o que vinha antes da ordem de serviço quando não partia do prefeito, respondeu: Antes da ordem de serviço vinha o ofício quando não partia do prefeito.” (sublinhamos).

O secretário de desenvolvimento urbano, Edie Vieira Teixeira, prestou depoimento judicial, narrando que **“fui secretário de desenvolvimento urbano. Chamamos de secretaria de obras. Perguntado pelo Promotor de Justiça se tinha o costume de requisitar os materiais que necessitava, respondeu: Sim, nós fazíamos um ofício e dirigíamos ao secretário de finanças, e ali ele passava para o setor de compras, analisava e as vezes deferia e as vezes indeferia. Eu fazia o ofício tanto para os materiais que precisavam de licitação, como para aquele que não precisava. Perguntado pelo Promotor de Justiça se quanto à ordem de serviço 84/2013 chegou a fazer essa solicitação, respondeu: Olha, todo o material que eu recebi foi por solicitação minha. Perguntado pelo Promotor de Justiça se quanto ao valor dessa licitação é compatível com as outras solicitações que já fez, respondeu: Olha, eu não me lembro de ter feito essa solicitação aí. Esse valor é expressivo, raro, eu acho que eu nunca solicitei nesse valor aí. Perguntado pelo Promotor de Justiça se chegou a solicitar esses materiais nesse valor, respondeu: Eu não me lembro de solicitar esses materiais nesses valores não. Perguntado pelo Promotor de Justiça se esse caso foi a exceção e a regra era que sempre solicitava, respondeu: Sim. Perguntado pelo Promotor de Justiça se atestou o recebimento desse material, respondeu: Não me lembro disso, desse valor aí eu não me lembro não. Perguntado pelo Promotor de Justiça se lembra de ter recebido esse material, respondeu: Nessa importância aí não. Perguntado pelo Promotor de Justiça se em geral quando recebia o**

material atestava que recebia, respondeu: Sim, eu conferia e atestava, era eu sozinho. Quando eu não estava, alguém conferia por mim, mas normalmente quando eu estava era eu quem conferia. Perguntado pelo Promotor de Justiça se então não se lembra de ter recebido esse material na secretaria, respondeu: Não. Agora, a gente tinha muitas pequenas obras, tipo aquela do morro do arreião, foi uma obra caríssima, não foi barato não, aquela em frente a rinha do galo, foi a prefeitura quem fez. Foi material da prefeitura, não foi uma obra barata. Perguntado pelo Promotor de Justiça se esse material do processo foi o utilizado nessa obra, respondeu: Não senhor. Perguntado pelo Promotor de Justiça quanto aos materiais recebidos dessa obra expressada a forma em que recebeu, respondeu: Esse daí a gente fez a planilha lá e já veio o material. Perguntado pelo Promotor de Justiça se quanto a essa obra falada fez o ofício solicitando, respondeu: Sim. Perguntado pelo Promotor de Justiça se atualmente continua como secretário, respondeu: Não senhor, apesar de ter sido convidado, mas não quis não. Perguntado pelo Promotor de Justiça se tem conhecimento de como ocorreu a licitação desses materiais, respondeu: Não senhor. Perguntado pelo Promotor de Justiça se a empresa vencedora fornecia materiais para a secretaria de obras, respondeu: Fornecia sim. Perguntado pelo Promotor de Justiça se tinha outras empresas que forneciam materiais, respondeu: **Tinha, forneciam menos, mas tinha. Tínhamos o Boechat, era só essas duas que forneciam.** Perguntado pelo Promotor de Justiça se quanto ao volume de fornecimento, respondeu: **O maior era da Ferciclle.** Perguntado pelo Promotor de Justiça se sabe o porquê nesse processo a compra foi feita por solicitação direta do prefeito, respondeu: Não sei falar. Perguntado pelo Promotor de Justiça se por caso chegou a pedir verbalmente ao prefeito, respondeu: Eu não me lembro não. Mas não era praxe isso não, eu normalmente pedia através de ofício. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se chegou a atestar o recebimento de algum material que não tivesse solicitado, respondeu: **Não me lembro não.** Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se foi ele mesmo quem recebeu o material já reconhece sua assinatura em fl. 79, respondeu: **Não, se o meu está lá não tem como eu negar.** Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se antes disse que só recebia os materiais que havia solicitado, respondeu: Isso. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se mesmo estranhando o valor do material o recebeu, respondeu: **É, deve ter**

sido pra esse muro que eu falei. FOI MOSTRADO E LIDO O DOCUMENTO DE FL. 79, respondeu: Posso falar? A gente usou essa manilha na obra aqui da rua Francisco Carlos de Oliveira, bairro morada do engenho, foram mais ou menos ali uns cem metros de manilha, e também fizemos a uma rede pluvial no parque da lajinha, fizemos uma escada, uma escadaria para quebrar a força da água e fizemos uma manilha por baixo, pode ser essas manilhas aí, com certeza é essas manilhas aí. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se durante o governo de Marcos esse chegou a pedir para receber algum material, respondeu: Jamais. Perguntado pela defesa de STENIO se os materiais que chegam solicitam chegam todos de uma vez ou de forma parcelada, respondeu: As vezes pegam de forma parcelada por falta de espaço pra gente colocar, aí eu vou lá e converso como eu vou pegar, é tudo entendido. Perguntado pela defesa de STENIO se é comum o caminhão da prefeitura ir até a empresa pegar esses materiais, respondeu: Comigo nunca foi assim não, a empresa sempre entregou lá, onde eu desejava. Perguntado pela defesa de STENIO se as empresas Dargan e Madecon participavam das licitações, respondeu: A Madecon sim, agora a Dargan eu não me lembro não. PROCESSO FÍSICO FOI MOSTRADO À TESTEMUNHA e essa confirmou a assinatura no verso da fl. 78.” (marcação nossa).

O proprietário da empresa, Paulo Roberto Pereira da Silva ao prestar depoimento em sede judicial narrou, que “sou titular dessa empresa, sou o único sócio, é uma empresa individual. Perguntado pelo Promotor de Justiça se é o responsável pela gestão da empresa, respondeu: É assim, eu tenho um casal de filho, os meus filhos trabalham na empresa e eu trabalho numa fazenda e acompanho os meus filhos assim, de tarde eu converso com eles, mas quem fica a frente da empresa, na parte administrativa, é o meu filho Stenio. Perguntado pelo Promotor de Justiça quem cuidou para a entrega desses materiais e participar da licitação 14/2013, respondeu: Foi o Stenio. O Stenio trabalha no serviço mais externo da loja e a Poliana o serviço mais burocrático.” (destacamos).

O controlador interno, José da Silva Freitas Neto, na fase judicial, assegurou que “eu peguei o processo, se eu não me engano detectei cinco irregularidades, eu lembro que não tinha ofício que

solicitava o pedido, o ofício do secretário de desenvolvimento, cada secretaria que quer alguma compra, é essa secretaria quem remete o ofício. Perguntado pelo Promotor de Justiça se é normal o prefeito já iniciar o processo licitatório, respondeu: **O prefeito com quem trabalhei não fazia isso não.** Nessa aí não tinha esse pedido, no edital falava o objeto a ser licitado estava no termo de referência do Anexo I, quando eu vou verificar o termo de referência no Anexo I está em branco, está escrito termo de referência, mas está em branco. Não tinha especificação dos materiais a serem adquiridos, isso me chamou atenção. A questão da publicação, o TCE recomenda que se publique em jornal de grande circulação na região, aqui em Natividade seria no jornal que abrange o Noroeste, e nesse caso só houve publicação do diário oficial do estado, quando houve homologação do certame aí sim houve publicação no jornal de circulação no Noroeste. Então, para chamar as empresas houve publicação só no diário oficial, depois de concluído foi o regional. Mas a orientação do TCE é fazer no regional e no estadual. Perguntado pelo Promotor de Justiça se conforma o ofício de fl. 02 respondeu: Sim. Perguntado pelo Promotor de Justiça qual a diferença entre irregularidade e ilegalidade, respondeu: Como eu apenas auditei o processo, não tive a possibilidade de chamar as pessoas, as testemunhas, para que elas me apresentassem algum documento que faltassem dentro do processo, não tinha como eu falar que estava ilegal o processo, porque poderia ter algum documento que por um motivo ou outro não foi juntado no processo. Isso não é normal. Perguntado pelo Promotor de Justiça se deveria ter o parecer do controlador interno, respondeu: É recomendação do TCE, porque olha o que acontece, quando o TCE vem aqui ele faz auditoria por amostragem, por isso ele (TCE) recomenda que o controlador interno dê parecer técnico em todos os procedimentos licitatórios e esse não tinha. Perguntado pelo Promotor de Justiça se procurou saber se houve entrega dos materiais, respondeu: Olha, a nota está atestada, eu vi isso dentro do processo, ao perguntar as pessoas da prefeitura se houve entrega, elas não sabiam me responder e me falaram que quem saberia era quem atestou a nota. Mas não cheguei a conversar com essa pessoa. Consta na ata que só uma empresa compareceu. Perguntado pelo Promotor de Justiça qual a sua formação, respondeu: Advogado. Perguntado pelo Promotor de Justiça se observou em outros processos esses requisitos como irregularidade, respondeu: Sim, eu fiquei um período tão curto, se não me

engano, só dei parecer em 01 ou 02 processos licitatórios e mais uma recomendação do TCE para corte de gastos para o fechamento das contas anuais. **Perguntado pelo Promotor de Justiça se auditou mais algum processo da gestão anterior, respondeu: Não, somente esse. E esse auditoria veio por meio de ofício do TCE, está lá na prefeitura esse ofício. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO em qual período exerceu o cargo de controlador, respondeu: Foi de julho a setembro de 2016. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se esse procedimento estava arquivado, respondeu: Sim, na sala de licitações. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se antes de 2016 houve uma briga política na cidade, respondeu: Isso aí é notório para qualquer um daqui. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se lembra quando Marcos foi afastado, respondeu: Não me recordo, porque ele foi afastado, depois voltou e depois afastado de novo, até porque eu não sou de Natividade, sou de Itaperuna. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se a controladoria não falou em nenhum momento nesse processo, respondeu: Durante a licitação não, só no processo de pagamento. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se lembra se tinha parecer do jurídico falando em algum óbice, respondeu: Havia dois pareceres do jurídico, mas não apontava nada. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se sabe informar que o pagamento é feito por meio de um programa e tem uma rubrica específica, respondeu: Então, nós temos várias rubricas específicas, pode ser por recurso próprio. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se então o processo for de determinada rubrica pode fazer o pagamento em detrimento daquele que não tem rubrica, respondeu: Sim. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se pode então haver o pagamento de um empenho primeiro que de outro apesar de o outro ser mais antigo, respondeu: Sim, olha, existe uma ordem cronológica de pagamento, mas se o pagamento sai de uma rubrica e nessa rubrica há dinheiro você pode fazer o pagamento, agora se chega outro de outra rubrica, mas não há o dinheiro, esse espera, não pode prejudicar a empresa, até porque não interfere no pagamento do outro. A ordem cronológica só existe dentro da mesma rubrica. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se na lei do pregão eletrônico há alguma normativa para a publicação no jornal de circulação regional, respondeu: **Eu não falei que há lei, falei que há recomendação do TCE, não sei se há dispositivo****

legal para isso, mas há recomendação. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se comum uma empresa só aparecer, respondeu: Ata do certame que falou, isso ocorre, não é natural, mas ocorre, vamos dizer que em 100% dos processos em 10% isso ocorre. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se o ofício encaminhado 12 / 24 ao MP foi instruído com cópias do processo licitatório, respondeu: Foi. Perguntado pela defesa de STENIO o porquê o ofício do TCE não foi encaminhado ao MP, respondeu: Não achei que seria necessário, até porque o TCE tem ligação direta com o MP, então não achei necessário juntar esse ofício, só fiz a auditoria e mandei para o MP, quando eu enviei para o TCE juntei a cópia do ofício do MP, porque era o TCE que me recomendou a auditoria. Perguntado pela Juíza se o processo arquivado foi lhe encaminhado, respondeu: No mínimo, esse processo foi ao TCE, como ele chegou lá eu não sei. Veio uma determinação para que eu fizesse uma auditoria nele, o TCE scanneia o processo, não leva, o processo fica na prefeitura.” (sublinhamos)

O coordenador geral de contabilidade, Rogério Corrêa Lima, no mesmo momento processual, assegurou que “exerceu algum cargo em comissão durante o mandato de Marcos, respondeu: **Sim, coordenador geral de contabilidade.** Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO alguma vez lhe pediu algum favor, respondeu: Não. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se participava do processo de licitação, respondeu: Não senhor. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se os pagamentos da licitação são vinculados a alguma rubrica, respondeu: Todo empenho é feito de acordo com o orçamento municipal, então ele é feito dentro de um programa de trabalho e executado no orçamento. Perguntado pela defesa de MARCOS ANTÔNIO se então nem todos os empenhos não têm a mesma fonte de pagamento, respondeu: Não têm, são distintas. Na licitação, eu não participava, só dava o parecer na questão do orçamento e depois vinha com a assinatura do prefeito para eu fazer o empenho. Perguntado pelo Promotor de Justiça se lembra desse processo 14/2013 quando chegou para fazer o pagamento, respondeu: Olha, são vários processos, eu lembro que na época até pediram para encaminhar para algum órgão fiscalizador, acho que era delegacia ou MP. Perguntado pelo Promotor de Justiça se era comum esse valor, respondeu: De compras são valores menores, licitação de medicamentos já é um valor mais alto, mas não era rotina

receber nesse valor. Perguntado pelo Promotor de Justiça o tempo que demorava para pagar, respondeu: Isso aí já questão para a tesouraria, eu fazia a nota de empenho e depois liquidava.” (grifamos).

O acusado, Stenio, quando interrogado, afirmou que “trabalho numa loja de materiais de construção do meu pai, sou o gerente comercial, recebo aproximadamente uns dois mil e seiscentos reais. Estudei até o segundo grau completo. Sou divorciado, moro com os meus pais hoje, na casa só mora eu e meus pais. Tenho filhos, uma de três anos e uma de dois anos. Não tem necessidades especiais. Não fui preso e não respondo a outro processo criminal. Esses fatos não são verdadeiros, doutora. A meu ver, os materiais foram entregues sim e inclusive está atestado na nota do secretário que recebeu os materiais. Mas as irregularidades que eu vi aqui não são relacionadas a erros da minha lógica, eu fui lá e participei da licitação. Nesse dia lá não tinha ninguém na licitação, era o único. Eu não achei estranho, já fui em várias que já tinha várias pessoas. Essa aí só chegou eu lá na hora. Essa daí eu fiquei sabendo pelo diário oficial, eu tinha, eu tenho né, eu pego as licitações do diário oficial. O diário oficial do Estado. Eu não sei se essa publicação saiu no jornal do município, na época eu não sei, já tem muito tempo. Especificamente eu não sabia para que obra era esse material. Perguntado pela Juíza acompanhou os depoimentos das oitivas das testemunhas e percebeu o momento em que falaram que não sabem onde esses materiais foram aplicados, respondeu: Sim, mas quem recebeu esses materiais foi o senhor Edie. Mas não sei qual obra foi aplicada, porque, hoje também é assim, a gente entrega o material na secretaria, a destinação dela a gente não sabe. Perguntado pela Juíza se levando em comparação o Município e o valor dessa obra não sabe dizer, como morador, qual foi a obra realizada, respondeu: Não, mas é assim, específico assim (o denunciado teve a transmissão interrompida). Perguntado pela Juíza se essa foi sua primeira licitação, respondeu: Não. Perguntado pela Juíza se era comum que as licitações fossem publicadas só no diário oficial do Estado, respondeu: Doutora, eu sempre tive acesso ao diário oficial do estado, os outros jornais não eram um local certo, não eram o jornal local, entendeu? Eu não sei se era comum só no diário, isso já um controle interno deles lá, não me lembro. Perguntado pela Juíza se então não acompanha pelas demais fontes, respondeu: Eu sempre

acompanho pelo diário oficial do estado, até hoje. Perguntado pelo Promotor de Justiça se houve o recebimento efetivo dos valores, respondeu: Sim. Perguntado pela própria defesa se recorda do que o senhor Edie disse em audiência, respondeu: Sim. Perguntado pela própria defesa se sabe dizer onde Edie teria dito que as mercadorias foram entregues, respondeu: **Pelo que o Edie falou as mercadorias foram para uma obra de um muro grande, lá no morro do areião e de uma obra de manilhas, e na época houve isso mesmo, porque foi uma época de deslizamentos e cheias, final de março.**” (sublinhados)

O réu, Marcos Antonio da Silva Toledo ao ser judicialmente interrogado, declarou que “sou aposentado, recebo aproximadamente uns cinco mil e quinhentos a seis mil, eu tenho o terceiro grau. Sou divorciado, moro sozinho, tenho um filho, já tem dezenove anos, não tem necessidades especiais. Nunca fui preso e respondo a outros processos criminais. Esses fatos, realmente foram feitos, mas não de forma irregular, desconheço isso. Perguntado pela Juíza o porquê o edital do pregão só foi publicado no diário oficial do estado, respondeu: Infelizmente não sei dizer, excelência, isso era atribuição da secretaria de administração. Perguntado pela Juíza se era o gestor do município e se as secretarias estavam sob o seu comando, respondeu: Sim. Perguntado pela Juíza como não sabia onde a secretaria de administração publicava os editais, respondeu: Excelência, é humanamente impossível que o prefeito com um orçamento de sessenta milhões por ano monitorar processos individuais e a gente tinha um corpo técnico para isso. Com relação a publicação, eu me lembro, a gente utilizava a publicação, que inclusive está prevista na legislação orgânica do município, a divulgação em mural de aviso na prefeitura. Perguntado pela Juíza como funciona a situação do administrador maior do município, respondeu: Senhora excelência, a gente tem uma secretaria de administração onde existia um departamento de compra, temos a controladoria interna, temos uma procuradoria jurídica, nós temos a fazenda, onde os processos tem um rito, temos o setor de contabilidade, onde é feito o empenho. É, nós temos o financeiro, que também precisa saber se há recursos, nós temos limitações constitucionais de gastos com saúde, educação, essas coisas, limitação com folha de pagamento, é humanamente impossível, estou dizendo porque já faz muito tempo, a gente saber pontuar todas as situações. O que eu vi aí pelo período, esse processo é de

fevereiro, o mês de janeiro, a secretaria de educação, que é a maior secretaria, precisa começar a buscar alunos nas zonas rurais, isso tudo a gente aprendeu nos primeiros quatro anos de governo. A gente tinha acabado de sair de um período de chuvas, onde historicamente dezembro e janeiro são momentos de fortes tempestades e danos principalmente em estradas vicinais, isso quando não tem dano maiores com as cheias, então esse foi o início do governo, agora saber informação detalhada de um processo ou outro infelizmente eu não tenho como saber. Perguntado pela Juíza se o valor do pregão não chamou sua atenção, bem como a agilidade do rito procedimental, além da publicação apenas no diário oficial do estado, respondeu: Às vezes eu iniciava o processo administrativo, e existe o processo administrativo, mas ele não era concluído, encerrado ou pago enquanto não tivesse atestado o parecer jurídico ou do controle interno, na maioria das vezes os dois, mas sem o parecer do jurídico e do controle interno não se encerrava processo administrativo no nosso governo. Então o entendimento do prefeito, pegando naquela época né, todos os procedimentos foram devidamente cumpridos e o que dava respaldo a isso era a consultoria jurídica que era colado ao meu gabinete. Perguntado pela Juíza sobre as irregularidades apontadas na denúncia, respondeu: É o seguinte, eu me reunia com o secretariado no mínimo duas vezes por mês, principalmente no início do ano. Com relação a iniciar o processo, o processo se iniciava na maioria das vezes pelo secretário, mas eu como prefeito, não me lembro no momento agora, de não dar início a um processo após uma reunião com o secretariado, porque a partir dali a gente já dá início em processo administrativo, mas realmente eu não me lembro em detalhes desse processo. Não tenho mais nada acrescentar e não tenho nada contra as testemunhas que foram ouvidas. Perguntado pela própria defesa em que ano foi afastado da prefeitura, respondeu: Final de 2013. Perguntado pela própria defesa se sabe informar se no período de 2013 a 2016 alguém teria informado sobre possível irregularidade nesse processo, respondeu: Não, o que eu sei é que depois que eu saí da prefeitura todos os processos administrativos, todos, dos meus mandatos todos, foram auditados, foram feitos alguns movimentos para tentar identificar a irregularidade, é isso que eu sei. Perguntado pela própria se teria homologado o pregão caso não tivesse a aprovação da procuradoria jurídica, respondeu: De forma alguma. Perguntado pela própria defesa

se efetuava pagamento se não tivesse o ateste da nota, respondeu: Não pagaria e certamente não chegaria no meu gabinete para o pagamento, essa era a orientação inclusive. Perguntado pela defesa de STENIO se Natividade tem jornal local, respondeu: Não senhor.” (destacamos)

Assim, dentro desse cenário e do estudo minucioso da prova oral carreada aos autos, notadamente aquela produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em juízo, faz transparecer patente fragilidade da prova acusatória, a qual se apresenta dúbia e inapta a supedanejar um decreto reprobatório, em face dos acusados nomeados.

Inicialmente, quanto imputação que recai sobre a alegada irregularidade, no tocante a ausência de ofício da Secretaria de Desenvolvimento Urbano para a aquisição dos materiais que deram origem a abertura do processo licitatório, os Tribunais pátrios orientam-se no sentido da possibilidade de que o requerimento seja feito pela autoridade competente, *in casu*, o prefeito, na qualidade de ordenador de despesa, sendo incapaz, desta forma, de contaminar o certame. À propósito, julgados sobre a matéria, *verbi gratia*:

“A conduta do recorrente, então prefeito do citado município, consistiu em solicitar a convocação da licitação, nomear os componentes da CPL, bem como homologar e adjudicar o Convite 10/2007, convocar a empresa vencedora, assinar a ordem de serviço e respectivo contrato administrativo. Não se presume a responsabilidade penal do Prefeito do Município simplesmente por ostentar o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal, no período em que ocorreram as irregularidades detectadas no procedimento licitatório em questão, especialmente considerando que as atividades por ele praticadas são decorrentes do próprio cargo, pois é da rotina de um prefeito assinar ou participar desses atos (nomeação da comissão, abertura e homologação do certame, adjudicação do objeto ou mesmo a assinatura do contrato), o que acaba por invocar obviedades que não se prestam para uma consequência tão drástica, que é a condenação de uma pessoa. Não se pode

concluir que ele participou ativamente das irregularidades perpetradas no procedimento licitatório, pelo fato de ter sido constatada, Polícia Federal, a sua assinatura em documentos nos quais foram detectadas marcas de sulcagem, pois não há como afirmar que essas marcas foram mesmo reproduzidas pelo ora recorrido ou que ele tinha ciência da sobreposição de assinaturas nos documentos relativos ao certame fraudado ou mesmo que isso se deu com o intuito predeterminado de participar conscientemente de uma fraude que mais interessava a cada envolvido diretamente no certame, dado o resultado daí decorrente, do que a ele próprio. Não restou satisfatoriamente demonstrada a participação do apelante no esquema fraudulento, razão pela qual não deve lhe ser imputado o cometimento do delito prevista no art. 90, da Lei nº 8.666/937. Manutenção da sentença absolutória. Apelação do MPF não provida, em consonância com o parecer ministerial". (TRF-5 - APELAÇÃO CRIMINAL: 0004207-16.2014.4.05.8200, Relator: MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT, Data de Julgamento: 20/10/2020, 4ª TURMA).

"A ausência de autorização para abertura da licitação trata-se de impropriedade meramente formal, ao verificar a existência do Termo de Referência datado meses antes da sessão pública de julgamento, assinado pelo ordenador de despesas, sendo, porém, merecedora de ressalva." (TCE-MS - LICITAÇÃO E CONTRATO DE COMPRAS / OBRAS: 103392018 MS 1930840, Relator: WALDIR NEVES BARBOSA, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2170, de 19/08/2019).

"Ora, não se presume a responsabilidade penal do Prefeito do Município simplesmente por ostentar o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal, no período em que ocorreram as irregularidades detectadas no procedimento licitatório em questão, especialmente considerando que as atividades por ele praticadas são decorrentes do próprio cargo, pois é da

rotina de um prefeito assinar ou participar desses atos (nomeação da comissão, abertura e homologação do certame, adjudicação do objeto ou mesmo a assinatura do contrato), o que acaba por invocar obviedades que não se prestam para uma consequência tão drástica, que é a condenação de uma pessoa, como bem salientou o Parquet federal no parecer.” (TRF-5 - APR: 00042071620144058200, Relator: MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT, Data de Julgamento: 20/10/2020, 4ª TURMA)

No que diz respeito ao argumento de que o certame estaria maculado pois a publicação do processo licitatório teria sido realizada apenas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, notadamente na modalidade de pregão presencial (à época), não consta dos autos qualquer insurgência de outras empresas quanto ao suposto desconhecimento do referido certame, concluindo-se não estar demonstrado prejuízo suficiente na abrangência publicitária da licitação, prevalecendo, no ponto, o interesse público como cancelador da legalidade do ato, perdendo significado a suposta irregularidade ocorrida.

Aliás, a nova Lei de Licitações (Lei nº14.133/2021), em seu artigo 54, corroborando o ultrapassado meio de publicidade, extinguiu a divulgação por meio do diário oficial e de jornais, no que guarda coerência com a recomendação postada no inciso VI do art. 12, no sentido de que os atos do processo licitatório “*serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico*”. Em verdade, o § 2º do mesmo dispositivo legal faculta a “divulgação adicional” do edital “a interessados devidamente cadastrados para esse fim”, mas não há, na lei, qualquer indicação de como se fará esse cadastro. Por certo, caso algum interessado eventualmente prejudicado com tal medida poderia impugnar o edital de licitação, na forma do artigo 164 da Lei das Licitações, o que não se verifica nos autos. (Art. 164. *Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.*)

Na singular didática de JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO: (...) “*Considera-se, então, no caso em apreço, não se avançar sobre prática de ato ilegal, pois, diante da não incidência daquele Decreto 30.538/2009 ao certame combatido, deve-se atentar para o disposto na Lei específica aplicável à espécie, qual seja a 10.520/2002, que, pelo certo aspecto de informalidade que preserva, no seu artigo 4º, inciso I, **apenas faculta a publicidade em jornais de grande circulação, sendo obrigatória a publicação no Diário Oficial do ente federado, o que foi fielmente obedecido e realizado, conforme fls. 107***”. (in. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. pág. 911). (grifamos).

Na oportunidade, cita-se a jurisprudência do **S.T.F.** e **S.T.J.**, sobre o tema, *ad litteram*:

"Nos últimos anos, a circulação de jornais impressos vem caindo significativamente, ao passo que o acesso aos sítios eletrônicos oficiais tem aumentado. Assim, a obrigatoriedade de publicação de atos administrativos em jornais de grande circulação vem se mostrando, cada vez mais, inapta para garantir a publicidade dos atos governamentais. Trata-se, portanto, de obrigação obsoleta. Além disso, a continuidade da obrigação legal representa um gasto adicional e injustificado aos cofres públicos, cuja situação de desequilíbrio fiscal é amplamente conhecida, exigindo ainda maior comprometimento com a racionalização do uso de recursos e a devida redução de custos. No caso, a Lei nº 8.666/1993, como norma geral para licitações e contratos da Administração Pública, exige a publicação dos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, bem como dos registros cadastrais, em jornais de grande circulação. Da mesma forma, previsões semelhantes são encontradas na Lei nº 10.520/2002 (licitação na modalidade pregão), na Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas) e na Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação). Dessa forma, a necessidade de publicação em

jornais representa anacronismo imposto à Administração Pública, que não mais se justifica nos dias de hoje, dado os avanços tecnológicos ocorridos no campo das comunicações desde a publicação de tais diplomas normativos.” (STF - MC ADI: 6229 DF - DISTRITO FEDERAL 0029209-61.2019.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/10/2019, Data de Publicação: DJe-229 22/10/2019).

“A inobservância da norma imperativa contida no art. 21, III, da Lei 8.666/93, que exige a publicação da minuta do Edital em jornal de grande circulação no estado e no município, em tese, enseja nulidade do certame. Publicação exclusiva no Diário Oficial não cumpre os fins de publicidade exigidos na lei específica e na Constituição, art. 37, em regra. **No entanto, não tendo havido prejuízo objetivo ao certame, que não afastou qualquer provável concorrente, cujo equilíbrio foi preservado, sem qualquer impugnação ou reclamação, sendo demonstrada como suficiente a abrangência publicitária da licitação, prevalece o interesse público, como sancionador da legalidade do ato, concluindo-se que houve mera irregularidade, que não comprometeu a licitação.**”(STJ - REsp: 1257054 MG 2011/0094662-3, Relator: Ministra ASSULETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 12/06/2018).

“A ausência de publicação do edital em diário oficial e jornal de grande circulação constitui irregularidade não configuradora de ato de improbidade administrativa quando houve a fixação do referido edital no quadro de avisos da Prefeitura e das Secretarias Municipais, em prédios descontínuos, e o edital foi entregue às empresas solicitantes, fato indicativo da publicidade necessária à realização do certame.” (STJ - REsp: 1499005 RN 2014/0307276-0, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Publicação: DJ 28/10/2016).

Do conjunto probatório contido nos autos, resai que houve a publicação do edital do certame no Diário Oficial do Estado e no Município não havia jornal de grande circulação. O edital também era exposto no quadro de avisos. Mais de uma empresa adquiriu o edital, porém apenas uma compareceu à sessão. **Trata-se de vício formal, mas que não pode ser causa para a imputação de conduta ímproba.** (STJ - REsp: 1570436 PE 2015/0303983-8, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Publicação: DJ 23/02/2017).

“No caso dos autos, a ausência de publicação dos editais de licitação em determinados veículos de imprensa não é apta a macular o procedimento licitatório. Hipótese em que não restou demonstrada a fraude ao caráter competitivo da licitação, não se configurando o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações.” (TRF-4 - APR: 50029068820184047115, Relator: GISELE LEMKE, Data de Julgamento: 03/08/2022, OITAVA TURMA).

Neste sentido tem-se que, a Lei 14.133/2021, ao revogar o artigo 90 da Lei de Licitações e acrescentar ao Código Penal o art. 337-F, referente ao crime de frustração do caráter competitivo de licitação, expressamente remete a autoria para aquele que frustra ou frauda, com o elemento subjetivo consubstanciado no intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório.

À toda evidência, a doutrina já alertava que o crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/1993 “somente se consuma com a efetiva frustração ou fraude do referido procedimento. Mais que isso: é necessário que o ‘caráter competitivo’ resulte frustrado ou fraudado, sendo insuficiente, portanto, a simples ação visando frustrá-lo ou fraudá-lo, sendo indispensável que resulte realmente frustrada ou fraudada a competitividade do procedimento licitatório, como exige o tipo penal”. (in. BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012).

No escólio de FRANCISCO DE CHAGAS DE VASCONCELOS NETO, “*Alguns dos crimes na lei de licitações exigem o dolo específico – o especial fim de agir – como no caso do tipo previsto no artigo 90, que se utiliza da expressão ‘com o intuito de’, ou seja, requer-se a demonstração desta especial motivação.*” (O Manejo da Prova Indiciária nos Crimes de Licitação Pública – Francisco de Chagas de Vasconcelos Neto – Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará – pág. 92).

E, ainda, tem-se os ensinamentos do professor, LUIZ REGIS PRADO, que ao comentar tal dispositivo legal, afirma, *in litteris*: “que em determinados tipos penais, aparecem, ao lado do dolo, outros elementos que pertencem ao campo psíquico-espiritual ou subjetivo do autor. Em algumas ocasiões, a lei penal requer que, além do dolo, concorram ao autor outros elementos subjetivos para a realização do tipo, que mais particularizam sua conduta. Aqui o desvalor da ação não se esgota no dolo, exige-se algo mais (intenção/motivação/certo impulso)”. (in, Curso, PRADO, Luiz Regis, Volume 1, Parte Geral, arts. 1 a 120 – 3ª edição, pág. 298. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais).

Consoante o escólio do professor CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Enfim, a fraude e a frustração implicam, necessariamente, o engano e/ou o erro do administrador público e dos demais concorrentes, visando, evidentemente, a obtenção de alguma vantagem, normalmente econômica. Erro é a falsa representação ou avaliação equivocada da realidade. O administrador supõe, por erro, tratar-se de uma realidade, quando na verdade está diante de outra; faz, em razão do erro, um juízo equivocado da proposição do agente. A conduta fraudulenta do sujeito leva o administrador a incorrer em erro. O agente, com sua ação fraudulenta, cria uma situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é, ou seja, o administrador, em razão do estratagema, do ardil ou engodo utilizado pelo agente, é levado ao erro, desconhecendo a verdade dos fatos.” (in. Direito Penal das Licitações. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pág. 191). (sublinhamos).

Assim, muito embora o ilícito ora examinado possa ser imputado a qualquer pessoa que frustra ou fraudula o caráter competitivo de

um processo licitatório, importante frisar-se, no entanto, imperioso que exista o elemento subjetivo especial ou especial fim de agir: a vontade de obter vantagem para si ou para outrem com a contratação (adjudicação) do objeto da licitação cujo caráter competitivo foi frustrado ou fraudado, pois, tratando-se de crime doloso (não se admite modalidade culposa), que exige este especial fim de agir de obter a vantagem, por meio da contratação indevida, o que não se evidencia no caso dos autos.

Com efeito, a jurisprudência do S.T.J. é firme no sentido de que a condenação pelo crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 exige a indicação concreta do conluio no sentido de fraudar a licitação, bem como a indicação da vantagem a ser recebida em razão da fraude perpetrada. No caso, embora presentes fatos que possam ser pautados de meras irregulares, não houve a indicação, mínima possível, do ajuste prévio entre os réus nomeados, no sentido de fraudar a licitação e, tampouco, a vantagem que seria obtida. Ao contrário, o que se verifica dos autos da licitação de nº 14/2023, além do orçamento vencedor do certame pela empresa administrada pelo corréu, Stenio, encontra-se presente nos autos outros dois orçamentos (propostas) acostados pelas empresas *Construfácil* e *Jovel*, conforme se verifica às fls. 15 e 16, com valores superiores ao orçamento oferecido pela empresa vencedora.

Sopesando a conveniência da conduta dos réus, traz-se à liça a doutrina do administrativista HELY LOPES MEIRELLES: “*Mas, tratando-se de crime contra a Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse pessoal ou de terceiros. **Se o interesse do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir.***” (in, *Direito Municipal Brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pág. 780). (sublinhamos).

Destarte, o conjunto probatório não aponta qualquer ato ilícito capaz de ludibriar a Administração Pública, ou que os acusados nomeados concorreram para frustrar os objetivos da licitação ou obtiveram qualquer vantagem na operação inserta no certame, frisando-se que o acusado Marcos Antonio, na qualidade de prefeito, ao homologar o certame, estava respaldado em parecer jurídico favorável.

No ponto, embora o delito em exame seja de natureza formal, a prova dos autos aponta para a afirmativa de que os materiais de construção foram adquiridos pelo menor preço, em relação aos demais orçamentos, por empresa “familiar” estabelecida na cidade, materiais esses devidamente entregues e utilizados em obra pública no município de Natividade, sendo certo ainda que, o Procurador do Município à época dos fatos, Leandro Capita Dias, relatou, em juízo, que foi comprovada a regularidade e legalidade do processo licitatório, tendo inclusive apostado sua assinatura no referido parecer, ressaltando-se que, o Decreto Legislativo nº 02/2022 da Câmara Municipal de Natividade, aprovou a prestação de contas da gestão do ordenador de despesas e tesoureiro referentes ao exercício de 2013.

À título ilustrativo, vale trazer à colação o julgamento da apelação nº 0001234-55.2012.8.19.0078, em 20 de agosto de 2020, pela Terceira Câmara Criminal, da relatoria do Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, a qual foi provida à unanimidade, para absolver o acusado da imputação de prática do mesmo tipo de delito ora em exame, sendo que ao abordar o tema concluiu, *in litteris*:

“É preciso distinguir o elemento subjetivo dos delitos das licitações, definidos no Direito Penal e a gravidade daí decorrente, daquele decorrente de eventuais irregularidades no certame que, por inobservância de formalidade, erros e omissões, podem acarretar nulidades na área cível ou administrativa e, como tal, acarretar a renovação da licitação, mas não uma condenação criminal. Sem dúvida, distinguir entre fraude penal e civil não é fácil, pois ambas são ontologicamente idênticas”.

Na sequência, continua: “É sempre difícil fazer uma análise acerca de questões penais quando se parte do âmbito de outros ramos do Direito. Tal ocorre porque a ausência de conhecimentos próprios do Direito Penal acaba dificultando a compreensão e explicitação das regras. É obrigatória esta conjugação de estudos para assim evitar que o sancionamento penal acabe ficando desvinculado do referencial que dá a ele legitimidade, qual seja, de assegurar que a punição penal seja a resposta a condutas de extrema reprovabilidade. Assim, ‘A interpretação

das regras penais da Lei 8.666 tem de vincular-se não apenas à construção dos tipos legais e dos diversos elementos do crime. Assim, torna-se necessário examinar os dados que evidenciam a reprovabilidade da conduta e que é o único fundamento que autoriza a punição. Não se pode admitir que os crimes da lei de Licitações se relacionem apenas a dados materiais, fenômenos externos, a padrões objetivos de conduta. A punição penal depende da existência de conduta gravemente infringente aos valores consagrados pela sociedade". (JUSTEN FILHO, 2012, p, 1030). (grifamos)

E finaliza: "O elemento subjetivo nas ações cíveis é da mais simples dedução, mas não há razão para se buscar no campo penal a correção de uma simples irregularidade, embora a confusão seja muito comum pelos efeitos retumbantes que uma sentença penal, mais rápida, traz."

A jurisprudência do S.T.J., de outros Tribunais pátrios e deste Sodalício, é pacífica quanto ao tema, *verbi gratia*:

“PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ ROFRANTS LOPES CASIMIRO. LICITAÇÃO. FRUSTRAR/FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO (ART. 90 DA LEI N. 8.666/1990). ABSOLVIÇÃO. MERAS IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE FRUSTRAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. *O art. 90 da Lei n. 8.666/1990 prevê o tipo penal consistente em "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 de adjudicação do objeto da licitação".*

2. *Dessa forma, para que o agente seja condenado por esse artigo, é necessário demonstrar o conluio doloso de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação.*

3. E, apesar de os erros apontados poderem, de fato, ter comprometido a lisura da licitação, não ficou devidamente demonstrado o dolo dos agentes de frustrar ou fraudar o procedimento, tampouco o conluio entre eles.

4. A menção a irregularidades, tais como erro na numeração das folhas; ausência de indicação do agente público; falta de projeto básico; prática de vários atos na mesma data; irregularidade no comprovante de entrega de ato convocatório, entre outras, não é suficiente para demonstrar o dolo dos réus e caracterizar, assim, a ocorrência de um ilícito penal.

5. Recurso especial provido, com extensão dos efeitos aos corréus. **STJ** - REsp 2022490 / PB RECURSO ESPECIAL 2020/0299546-7 RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (1182) ÓRGÃO JULGADOR T6 SEXTA TURMA DATA DO JULGAMENTO 04/10/2022 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 10/10/2022. (destacamos).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. DOLO ESPECÍFICO. ELEMENTARES OBJETIVAS. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. DENÚNCIA. PONTOS NÃO IMPUGNADOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. DESCABIMENTO. CONFISSÃO FICTA. INEXISTÊNCIA NO PROCESSO PENAL. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO. INDEVIDA INVERSÃO EM DESFAVOR DOS RÉUS. OCORRÊNCIA. SENTENÇA E ACÓRDÃO CONDENATÓRIOS. FUNDAMENTAÇÃO VAGA, GENÉRICA E DEFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU.

1. Se a sentença e o acórdão que a manteve não demonstraram, concretamente, a presença de nenhuma das elementares do crime tipificado no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, inclusive o dolo específico e a maneira como

teria sido fraudada a licitação, é inviável a condenação por esse delito.

2. Situação concreta em que não houve a indicação de qual teria sido o ajuste realizado entre o Recorrente e o Corréu no intuito de fraudar o caráter competitivo da licitação, sendo sequer mencionada a existência de algum contato entre eles. Tampouco se demonstrou de que maneira teria sido frustrado o caráter competitivo da licitação e, menos ainda, qual a vantagem obtida pela adjudicação do contrato e quem dela teria se beneficiado.

[...]

11. Recurso especial provido para, reformando a sentença e o acórdão recorrido, absolver o Recorrente das imputações feitas na denúncia, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, com extensão dos efeitos ao Corréu, **ROBÉRIO SARAIVA GRANJEIRO**, na forma do art. 580 do referido Estatuto." (STJ - REsp n. 1.973.787/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022. (frisamos.)

“Para ser válida a peça de acusação com relação ao art. 90 da Lei das Licitações, mostra-se imperativo dissertar sobre todos os elementos da figura típica, indicando quem praticou o núcleo do tipo (frustrar ou fraudar), os meios empregados (ajuste, combinação ou qualquer outro expediente) e o especial fim de agir (obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação), e ainda há que se demonstrar o vínculo da conduta do denunciado com seu interesse volitivo, bem como de que maneira, em que lugar, quando e com quem teria ajustado, combinado ou se associado para a consecução de seu objetivo”. Descrevendo a peça de acusação que o denunciado tão somente homologou os processos licitatórios, assinando ainda um dos respectivos contratos, tem-se como não atendida a exigência supracitada, sequer podendo-se inferir se, ao menos, que

tinha conhecimento das fraudes nos atos administrativos noticiados.

Não obstante o Ministério Público Federal fazer correlação entre a despesa não autorizada e aquela decorrente de procedimento de licitação viciado, deixou de indicar o impedimento legal para o dispêndio de recursos públicos, o que prejudica a acusação neste particular.

Denúncia rejeitada, por inépcia, visto não preencher os requisitos do art. 41 do CPP." Com a absolvição, fica prejudicada a análise das demais alegações trazidas no recurso especial. (STJ - APn n. 594/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Corte Especial, julgado em 04/11/2015, DJe 18/11/2015). (gizamos).

*“(...) Se a sentença e o acórdão que a manteve não demonstraram, concretamente, a presença de nenhuma das elementares do crime tipificado no art. 90 da Lei n. 8.666 /1993, inclusive o dolo específico e a maneira como teria sido fraudada a licitação, é inviável a condenação por esse delito. **Situação concreta em que não houve a indicação de qual teria sido o ajuste realizado entre o Recorrente e o Corréu no intuito de fraudar o caráter competitivo da licitação, sendo sequer mencionada a existência de algum contato entre eles. Tampouco se demonstrou de que maneira teria sido frustrado o caráter competitivo da licitação e, menos ainda, qual a vantagem obtida pela adjudicação do contrato e quem dela teria se beneficiado.**” (STJ - REsp: 1973787 PB 2020/0123228-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 08/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2022). (grifamos).*

“(...) Para configurar o tipo do art. 90 da Lei n. 8.666 /1993, necessário ficar demonstrada a quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada pelo mero ajuste, combinação ou outro expediente apto a frustrar ou fraudar o procedimento licitatório (HC n. 485.791/SP , Ministro Reynaldo Soares da

Fonseca, DJe 20/5/2019). Na inicial acusatória, não é narrada expressamente a combinação entre os denunciados, sejam servidores públicos ou particulares, para a fraude do processo seletivo, tendo o órgão da acusação se limitado a descrever critérios subjetivos do edital e a celeridade com que as propostas foram analisadas. Assim, não há falar na descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, tendo em vista a ausência de indicação de uma das elementares do crime. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão e conceder a ordem para trancar a ação penal proposta contra o recorrente e os corréus da denúncia (Autos n. 5012550-82.2021.4.03.0000), sem prejuízo de que nova denúncia seja formulada pelo Ministério Público Federal, desde que descritos devidamente os fatos capazes de tipificar o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666 /1993.” (STJ - AgRg no HC: 710594 SP 2021/0387625-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 15/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2022). (marcamos).

“(…) Da análise da inicial acusatória, verifica-se que as condutas imputadas ao recorrente e aos corréus se mostram, quando não atípicas, órfãs de demonstração factual, até mesmo porque não é apontado o elemento do tipo "com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação" (art. 90 - Lei 8.666 /93), que expressaria o dolo específico, não se podendo afirmar que o preço da licitação constitua a "vantagem", mesmo porque não se diz que os serviços não foram prestados. (STJ - AgRg no RHC: 151705 PE 2021/0252870-0, Data de Julgamento: 22/11/2022, T6 - SEXTA TURMA, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJe 25/11/2022).

“**TRF-1** - APELAÇÃO CRIMINAL (ACR): APR 24044620124013813 Jurisprudência Acórdão Data de publicação: 19/02/2020 “(...) Segundo a própria acusação, o réu José de Oliveira Filho, na condição de prefeito do Município de Capitão Andrade/MG, autorizou a realização e homologou o procedimento licitatório. Contudo, ato homologatório é ato de ofício realizado pelo gestor. A correria realizado a licitação supostamente irregular. Não há prova definitiva, uma interceptação na qual os interlocutores admitam a trama, o propósito de fraudar licitação; ou que comprove vantagem (dinheiro, bens de valor etc.) recebida por agente público. Os corréus negaram a prática de fraude, a existência de conluio ou a obtenção de vantagem ilícita no bojo da licitação em questão. Da análise do acervo probatório, verifica-se que não ficou demonstrada a presença do dolo específico, qual seja, a vontade livre e conscientemente dirigida para frustrar ou fraudar a competição, mediante ajuste ou qualquer outro expediente, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Inexistente prova coesa contundente e inequívoca sobre a prática delitativa, o benefício da dúvida favorece os réus. E nem poderia ser diferente, pois meros indícios, desprovidos de qualquer elemento de prova mais consistente, não são aptos a dar ensejo à condenação dos acusados, resultando inevitável a absolvição, com supedâneo no princípio in dubio pro reo. Ainda, cumpre destacar que no processo penal vige a regra do juízo de certeza, ou seja, as provas devem ser produzidas de maneira clara e convincente, não deixando margem para meras suposições ou indícios. Para que se chegue ao decreto condenatório, é necessário que se tenha a certeza da responsabilidade penal do agente, pois o bem que está em discussão é a liberdade do indivíduo. Sendo assim, meros indícios e conjecturas não bastam para um decreto condenatório, uma vez que, na sistemática do Código de Processo Penal Brasileiro, a busca é pela verdade real. Apelações a que se dá provimento, para absolver os réus José

de Oliveira Filho e Elchimary Rodrigues Nishizawa da prática do delito previsto no art. 90 da Lei 8.666 /1993, conforme o art. 386 , inciso VII , do CPP.” (sublinhamos).

“TRF-4 - APELAÇÃO CRIMINAL: APR 50029068820184047115. Jurisprudência • Acórdão • Data de publicação: 03/08/2022 PENAL E PROCESSO PENAL. LICITAÇÕES. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666 /1993. NÃO CONFIGURAÇÃO. *O art. 90 da Lei nº 8.666 /1993 é delito formal, cuja consumação se dá com a frustração ou fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório, independentemente da obtenção da vantagem pretendida, bem como do dano à Fazenda Pública. Não há qualquer óbice a que o contador da empresa que concorre no certame seja membro da Comissão de Licitação. No caso dos autos, a ausência de publicação dos editais de licitação em determinados veículos de imprensa não é apta a macular o procedimento licitatório. Hipótese em que não restou demonstrada a fraude ao caráter competitivo da licitação, não se configurando o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações . 5. Apelação criminal improvida.”* (realçamos).

“TRF-5 - As Provas produzidas nos autos revelam-se insuficientes para a configuração do Tipo Penal de Fraude à Licitação (art. 90 da Lei nº 8.666 /93), porquanto não demonstrado qualquer ajuste, combinação ou outro expediente com a finalidade de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do Procedimento Licitatório. III - A participação em Procedimento Licitatório de Empresas que possuem o mesmo Sócio não caracteriza, por si só, o Crime de Fraude à Licitação, não se configurando plausível a Condenação, especialmente quando a Proposta vencedora atende aos objetivos da Licitação. IV - A Acusação não de desincumbiu do ônus da Prova da prática do Crime de Fraude à Licitação, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal , haja vista

que a Condenação Criminal não pode basear-se em indícios e/ou presunções. V - Provimento da Apelação para absolver o Réu, nos termos do art. 386 , VII , do Código de Processo Penal. (TRF-5 - Apelação Criminal -: 00016005520134058300, Relator: Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire, Data de Julgamento: 17/01/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE - Data::23/01/2019 - Página::21)”. (destacamos).

“TRF-1 *“No crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666 /93 pune-se a frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório mediante acordo ou qualquer outro instrumento para alcançar esse fim. É a eliminação da competição ou a promoção de uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo. 5. Nada há nos autos a indicar a existência de ajuste entre os réus visando enganar a Administração Pública. Nada prova que as irregularidades formais presentes na condução do certame constituíram um subterfúgio para auferir vantagem ilícita em proveito dos acusados ou de outras pessoas. Deve ser mantida a absolvição dos acusados, diante da fragilidade dos indícios existentes, com base no princípio in dubio pro reo, que tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual se impõe absolvição quando a acusação não lograr provar a prática do crime. 7. Absolvição mantida. Apelação não provida. (TRF-1 - ACR: 00057398420174013300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 26/04/2022, 3ª Turma, Data de Publicação: PJe 26/04/2022 PAG PJe 26/04/2022 PAG)”. (negritamos).*

“Trata-se de recurso de Apelação interposto contra sentença absolutória por crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666 /93. 2. O entendimento sedimentação na Corte Superior de Justiça orienta quanto à necessidade de indicação e comprovação do dolo específico do agente em obter vantagem indevida por fraude em processo licitatório, como

disposto no art. 90 da Lei nº 8.666 /93. 3. Da mesma forma, a orientação emanada da Suprema Corte, também exige a indicação do dolo específico do agente em obter vantagem indevida para configuração da conduta criminosa decorrente de fraude em processo licitatório na aquisição de bens ou serviços pela administração pública. 3. Embora considere formal o crime de fraude de licitação pública, as Cortes Superiores orientam quanto à indicação e comprovação do dolo específico para configuração do delito previsto no art. 90 da Lei nº 8.666 /93, o que não se deu na espécie. Recurso conhecido e desprovido.” (TJ-CE - APL: 00033637920108060170 CE 0003363-79.2010.8.06.0170, Relator: JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, Data de Julgamento: 28/01/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/01/2020).

“(…) Para configuração dos crimes dos artigos 89 e 90 da Lei 8.666 /93 exige-se a comprovação do elemento normativo do tipo consistente na frustração do caráter competitivo da licitação, bem como do dolo específico, caracterizado pelo intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, sem a qual se impõe a absolvição dos acusados.” (TJ-MG - APR: 10686130178805001 MG, Relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 22/01/2019, Data de Publicação: 01/02/2019). (negritamos),

“Apelação. Delito tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666 /93. Fraude e frustração do caráter competitivo da licitação. Sentença absolutória. Recurso do Ministério Público. Conjunto probatório insuficiente para a condenação. Absolvição mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00340570620148260050 SP 0034057-06.2014.8.26.0050, Relator: Laerte Marrone, Data de Julgamento: 31/01/2019, 14ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 05/02/2019).

“APELAÇÃO CRIME. DELITOS DE FRAUDE À LICITAÇÃO E AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE CONDENAÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 90, DA LEI Nº 8.666/93, ATUALMENTE PREVISTO NO ART. 337-F DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DÚVIDA QUANTO À PRESENÇA DO DOLO NAS CONDUTAS DOS ACUSADOS. NÃO COMPROVADO O FIM DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM VANTAGEM DECORRENTE DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 2ª C. Criminal - 0019422-81.2017.8.16.0021 - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADORA PRISCILLA PLACHA SÁ - J. 31.01.2022) (TJ-PR - APL: 00194228120178160021 Cascavel 0019422-81.2017.8.16.0021 (Acórdão), Relator: Priscilla Placha Sá, Data de Julgamento: 31/01/2022, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 31/01/2022)”.

“O delito de fraude ao caráter competitivo da licitação demanda a comprovação de dolo específico com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Recurso do Ministério Público não provido, e recurso dos acusados providos.” (TJ-RO - APELAÇÃO CRIMINAL, Processo nº 0003477-72.2015.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator (a) do Acórdão: Des. Hiram Souza Marques, Data de julgamento: 17/10/2022”.

“Ausência de indícios de autoria. Oitivas dos réus colhidas pelo Ministério Público que não se mostram harmônicas entre si, não contribuindo, assim, a indicar que existem indícios plausíveis de que os ora apelados frustraram ou fraudaram, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com

intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.” (0006816-82.2015.8.19.0061 – APELAÇÃO Ementa sem formatação 1ª Ementa Des(a). PAULO BALDEZ - Julgamento: 12/07/2023 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL”.

“APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. 1. Ação penal em que condenados os réus pela prática do crime previsto no art. 90, da Lei nº 8.666/93 à pena de 2 (dois) anos de detenção, substituída, pelo mesmo período, por duas penas restritivas de direitos previstas nos arts. 43, IV, e 46 do Estatuto Repressivo, ou seja, por duas penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a serem fixadas pelo juízo da execução, e ao pagamento de multa no valor de R\$ 8.741,13 [2% de R\$ 437.056,50 (valor do contrato licitado)], atualizado monetariamente. 2. Oportuno registrar que, conquanto o crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, pelo qual foram condenados os recorrentes, bem como aquele tipificado no artigo 93 da referida Lei, em relação ao qual almejam, subsidiariamente, a desclassificação da conduta a eles imputada, tenham sido revogados pela Lei nº 14.133/2021, houve continuidade normativa típica, ante o disposto no artigo 178 da norma revogadora. 3. Conjunto probatório que, no entanto, embora demonstre a inserção indevida de documento (certificado inválido do INMETRO) no sistema PETRONECT, não atesta a autoria da conduta delituosa. 4. Não se admite no ordenamento jurídico pátrio a responsabilidade penal objetiva. Adoção da teoria do domínio do fato, invocada na denúncia, que demanda a prova de circunstância que vincule o administrador à prática delitiva, o que não se vislumbra no caso concreto. 5. Orientação do C. STJ no sentido de que "para se imputar determinada responsabilidade penal é necessária a

descrição do nexa causal, isto é, não há como considerar que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva." RHC n. 109.037/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.) 6. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS para absolver os recorrentes." (0027089-63.2018.8.19.0001 – APELAÇÃO Ementa sem formatação 1ª Ementa Des(a). JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI - Julgamento: 16/08/2022 - **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**".

“Ausência de prova da materialidade e autoria do crime tipificado no artigo 90, da Lei 8666/90, por falta de prova do dolo específico (elemento subjetivo do injusto) mencionado no referido dispositivo. Tipo penal em questão não objetiva punir meras irregularidades, mas penalizar condutas que ofendam o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, os interesses da Administração Pública, principalmente seu patrimônio, bem como os princípios elencados no artigo 37, da CRFB/88. As meras conjecturas apresentadas pelo Parquet e abraçadas pelo Juízo a quo não podem, de forma alguma, embasar uma condenação criminal. Distinção entre fraude penal e mera irregularidade do procedimento licitatório, capaz de merecer sanção administrativa, pelas peculiaridades do caso concreto. Absolvição que se impõe. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSOS PROVIDOS. Unânime. (0001234-55.2012.8.19.0078 – APELAÇÃO Ementa sem formatação 1ª Ementa Des(a). ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO - Julgamento: 20/08/2020 - **TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**)”.

“(…) Os tipos penais trazidos na Lei de Licitações não têm a finalidade de criminalizar o mero descumprimento de formalidades, mas sim o descumprimento com a intenção

de violar os princípios cardeais da administração pública. Com efeito, "irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa consistente tipicidade material ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório". (Inq 3962/DF, rel. Min ROSA WEBER, julgamento em 20/2/2018)". (HC 485.791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019) Assim, quanto aos serviços não prestados e ao inciso I do art. 96 da Lei de Licitações deve ser o réu absolvido na forma do art. 386, III do CPP, e quanto aos incisos III e IV do art. 96 da Lei de Licitações o réu deve ser absolvido na forma do art. 386, VII do CPP, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo. Recurso não conhecido quanto ao pedido de absolvição em relação ao tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93. Recurso parcialmente provido para absolver o réu, na forma do art. 386, III do CPP, quanto aos serviços não prestados e em relação ao inciso I do art. 96 da Lei de Licitações, outrossim, absolvê-lo na forma do art. 386, VII do CPP quanto aos incisos III e IV do art. 96 da Lei de Licitações, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo." (Terceira Câmara Criminal - Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira - Apelação Criminal nº. 0003801-41.2011.8.19.0063, julgamento em 03/05/2021).

É forçoso ressaltar que, em matéria de responsabilização penal, não vicejam, na seara probante, as conjecturas, as probabilidades, as possibilidades e as suposições, devendo o *decisum* que vier a reconhecer a materialidade e a autoria do agente da prática, em tese, do delito de frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, descrito na denúncia, ser fundamentado, concretamente, com elementos caracterizadores do dolo específico do tipo penal em tela, pois este não se presume, sob pena de nulidade, por violação ao comando do inciso IX do artigo 93 da C.R.F.B/1988.

Importa enfatizar, ainda, que, à míngua de provas suficientes para se prolatar um édito de procedência, o julgador, na dúvida, em homenagem às normas fundamentais, há de se curvar diante destas, a fim de decidir pela improcedência da ação penal, ante o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, valendo mencionar-se, a propósito, o brocardo de autoria de Paul Van Christynen, a estatuir que “*Melius est nocentem relinquere impunitum quam innocentum condemnare*” (Melhor será deixar um culpado sem punição do que condenar um inocente).

Seguindo essa esteira, os seguintes arestos, *ad illustrandum*:

“*O conceito de prova suficiente para a condenação é aquela que, reduzindo ao mínimo desejável à margem de erro, conduz à formulação de juízo de certeza possível, ou seja, revestido de confortável probabilidade de exatidão*” (RJTACrim SP 37/342).

“*Sendo conflitante a prova e não se podendo dar prevalência a esta ou aquela versão, é prudente a decisão de absolver o réu.*” (TACRIM SP – 4ª C. – Ap. 29879 – Rel. Juiz CUNHA CAMARGO – J.4.11.71 – Un.) (JUTACRIM 20/370).

Desta forma, o que ora se constata é que, diante da escassez dos elementos de convicção coligidos até aqui, o órgão ministerial não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, de demonstrar, com a certeza exigível na esfera penal, a existência da fraude, mediante acordo ou qualquer outro instrumento para alcançar o fim de frustrar o caráter competitivo do certame, indigitado aos ora acusados nomeados o que faz, no mínimo, pairar sobre os autos, fundada dúvida acerca da autoria de tal crime, devendo ser mantida, no ponto, a absolvição.

Em tal compreensão, a jurisprudência pátria, *exempli gratia*:

“*Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156)*” (STF, Segunda Turma,

HC 70.742/RJ, Rel. Min. CARLOS VELOSO, Julgado em: 16/08/1994, DJ 30/06/2000).

“Cabe à defesa provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade. Precedentes” (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 871.739/PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, Julgado em: 18/11/2008, DJ 09/12/2008).

“A regra é que uma arma possua potencial lesivo; o contrário, a exceção. Se assim alega o acusado, dele o ônus dessa prova (art. 156 do CPP). Se restou comprovada a utilização da arma de fogo, como no caso concreto, o ônus de demonstrar eventual ausência de potencial lesivo deve ficar a cargo da defesa, sendo inadmissível a transferência desse ônus à vítima ou à acusação, por uma questão de isonomia, porquanto inúmeros fatores podem tornar a prova impossível” (STJ, Quinta Turma, HC 87.476/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Julgado em: 04/09/2008, DJ 13/10/2008).

“A prova da alegação – ensina MAGALHÃES NORONHA – incumbe a quem a fizer, é o princípio dominante em nosso Código. Oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público a prova do fato e da autoria; compete-lhe documentar a existência concreta do tipo (nullum crimen sine typo) e de sua realização pelo acusado. Este também tem a seu cargo o onus probandi. Com efeito, se ele invoca uma causa excludente da antijuridicidade (legítima defesa, p. ex.) ou da culpabilidade (v. g. erro de fato), incumbe-lhe prová-la. Não apenas isso: a ele cabe ainda o ônus se alega não estar provada a existência do fato. O STF já teve oportunidade de decidir nesse sentido no Hc 68.964-7/SP, rel. MIN. CELSO DE MELLO, DJU 22.4.94, cuja ementa tem o seguinte teor: ‘o álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita’ (Curso de Direito Penal, p.

97/98, Ed. Saraiva, 1969)” (**TACRIM-SP** – 12ª C. – Ap. 1.407.329-8 – Rel. Juiz Luís Ganzerla – J. 9.2.2004).

“[...] assim se apresenta a lição de Hélio Tornaghi: ‘Portanto, o sentido do art. 156 deve ser esse: ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu’ (Instituições de Processo Penal, v. 4/226)” (**TJRJ** – 1ª C. Crim. – Ap. 1.316/88 – Rel. Des. Synésio de Aquino – J. 17.10.1989 – Un.). (RT 649/303).

“É ônus do réu em provar as alegações feitas em sua defesa, sob pena de nenhum valor probatório se revestir a simples negativa de autoria” (**TJPR** – Apelação Crime: 0281596-3).

Menciona-se, ainda, o conceito de prova e o posicionamento doutrinário a respeito: “Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação” (in, CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 296). (sublinhamos).

Acerca do ônus da prova, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos: “Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade”. (in, NUCCI, Guilherme de Souza, Código de processo penal comentado. 13ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, pág. 420). (realçamos).

Destarte, à míngua de qualquer outro elemento de prova capaz de demonstrar que os agentes, Marcos Antonio da Silva Toledo e Stenio Reis Pereira, agiram com dolo ou desonestidade, não se mostra possível o

enquadramento das condutas ao tipo inserto no artigo 337-F, do C.P., pois ausente o elemento volitivo, necessário ao desfecho condenatório.

Dessa forma, conclui-se que, o órgão ministerial não se desincumbiu do ônus da prova, evidenciando-se que a precariedade das provas produzidas não permite extrair-se o grau de certeza necessário, exigido na esfera penal, para se manter a condenação dos réus nomeados, devendo ser aplicado, em favor destes, o adágio do *in dubio pro reo*, com vias a se decretar as suas absolvições, em relação à imputação contida na denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por todo o exposto, vota-se no sentido de se **CONHECER** os recursos defensivos, **REJEITAR-SE** as **QUESTÕES PRELIMINARES** suscitadas, e, no mérito, **DAR-LHES PROVIMENTO**, para absolver-se os réus, Marcos Antonio da Silva Toledo e Stenio Reis Pereira, da imputação de prática do crime inserto no art. 337-F, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do C.P.P., resultando prejudicado o exame da apelação interposta pelo órgão ministerial.

Documento assinado digitalmente.

Des. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
RELATORA