

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.533.488 - PB (2015/0121566-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOSÉ VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : NEWTON NOBEL SOBREIRA VITA - PB010204
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. QUADRILHA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DO ART. 90 DA LEI DE LICITAÇÕES. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Verificado pelas instâncias ordinárias o ajuste ilícito para a frustração do caráter competitivo da licitação, o crime formal do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 está perfeitamente configurado em tese.
2. A decisão que deu provimento ao recurso especial ministerial não reexaminou provas. Cingiu-se a constatar, partindo do contexto fático emoldurado pelo acórdão impugnado, que, como o crime de quadrilha – que tem por objeto jurídico a paz pública – é formal e de perigo abstrato, não exige a lei que se evidencie o perigo, apenas o presume. Assim, a mera possibilidade de causar dano ao objeto jurídico tutelado dispensa resultado naturalístico, visto que a potencialidade de dano da atividade descrita na denúncia é suficiente para caracterizar o crime em questão.
3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.533.488 - PB (2015/0121566-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOSÉ VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : NEWTON NOBEL SOBREIRA VITA - PB010204
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOSÉ VIEIRA DA SILVA interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 849-864, que negou provimento ao seu recurso especial e deu provimento parcial ao recurso especial ministerial.

A defesa sustenta que, "diversamente do que entendeu esta Douta Relatoria, de que basta a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, este não é o posicionamento pacífico desta Colenda Corte de Justiça" (fl. 870).

Aduz que "a matéria debatida no Recurso Especial se cinge, exclusivamente, à afronta ao dispositivo federal do art. 395, III, do CPP, no entendimento adotado pelo juízo *a quo* ao receber a denúncia" e "objetiva a consignação da ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, o que impõe a sua rejeição, nos termos do dispositivo supracitado" (fl. 871).

Ao final, conclui:

[...] tendo em vista que a matéria já restou devidamente analisada pelo Tribunal *a quo*, o qual analisou os fatos e provas, e entendeu pelo não recebimento da denúncia quanto à imputação relativa ao crime de quadrilha, e que este Nobre Relator reformou a decisão, fundamentado em reanálise do conjunto fático probatório, requer-se a reforma do Acórdão para negar provimento ao Recurso Especial do Ministério Público Federal, consoante preceitua a jurisprudência desta Colenda Corte de Justiça, uma vez que é vedada a reanálise dos fatos e provas em sede de Recurso Especial (fls. 880-881).

A defesa pede o seguinte:

(a) seja reconsiderada a decisão última que negou provimento ao recurso especial do ora agravante e deu provimento parcial ao recurso especial

Superior Tribunal de Justiça

ministerial, a fim de dar-lhe regular processamento, para, em seguida, dar provimento ao recurso especial do réu e negar provimento ao recurso especial do MPF; subsidiariamente,

(b) sejam encaminhados "os autos ao Órgão Colegiado para apreciação do presente recurso, com vistas a reformar a decisão desta relatoria, para conhecer do Agravo em Recurso Especial, dando-lhe total provimento, para dar provimento ao Recurso Especial do Agravante e negar provimento ao Recurso Especial do MPF" (fl. 881).



AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.533.488 - PB (2015/0121566-6)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. QUADRILHA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DO ART. 90 DA LEI DE LICITAÇÕES. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Verificado pelas instâncias ordinárias o ajuste ilícito para a frustração do caráter competitivo da licitação, o crime formal do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 está perfeitamente configurado em tese.
2. A decisão que deu provimento ao recurso especial ministerial não reexaminou provas. Cingiu-se a constatar, partindo do contexto fático emoldurado pelo acórdão impugnado, que, como o crime de quadrilha – que tem por objeto jurídico a paz pública – é formal e de perigo abstrato, não exige a lei que se evidencie o perigo, apenas o presume. Assim, a mera possibilidade de causar dano ao objeto jurídico tutelado dispensa resultado naturalístico, visto que a potencialidade de dano da atividade descrita na denúncia é suficiente para caracterizar o crime em questão.
3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o Ministério Público Federal denunciou **José Vieira da Silva e outros** porque:

[...] esses, voluntariamente, em concurso com unidade de desígnios, no período de 30/06/2006 a 30/06/2007, associaram-se, em quadrilha, para cometer crimes [...]: a) frustrar e fraudar o caráter competitivo da licitação Concorrência n. 001/2007, que visava a construção de esgotamento sanitário com verba federal oriunda do Convênio n. 2086/2006 [...], com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação; e b) desviar em proveito próprio ou alheio pelo menos R\$ 29.713,55 [...]

oriundos de sobrepreço apurado na referida obra pela Funasa.

[...]

Alexciana Vieira Braga, José Vieira da Silva, Johnson Kennedy Rocha Sarmiento, Sandra Maria Juvenal Gomes, Elisandra Braga Martins dos Santos, Rodrigo Rodolfo de Melo e José Jerônimo Filho, voluntariamente, em concurso com "unidade de desígnios, no período de 30/06/2006 a 30/06/2007, associaram-se, em quadrilha, para cometer crimes e, especialmente,. concorreram para:

a) frustrar e fraudar o caráter competitivo da licitação Concorrência nº 001/2007, que visava a construção de esgotamento sanitário com verba, federal oriunda do Convênio nº 2086/2006 (SIAFI 570409), com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação; e b) desviar em proveito próprio ou alheio pelo menos R\$ 29.713,55 [...] oriundos e sobrepreço apurado na, referida obra pela Funasa.

A avença celebrada entre o referido município e a entidade concedente, em 30 de junho de 2006, estipulou a transferência voluntária de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) oriundos do Governo Federal, bem como uma contrapartida no valor de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), a cargo do convenente, para construção da primeira etapa de sistema de esgotamento sanitário naquela localidade, conforme aponta o termo do convênio [...].

[...]

A então prefeita Alexciana Vieira Braga, que já integrou o quadro societário da Construforte Construtora Ltda., assinou o Convênio nº - 2086/2006 (SIAFI 570409), a prestação de contas, a homologação e adjudicação, bem como os cheques para pagamento da - empresa vencedora.

Johnson Kennedy Rocha Sarmiento, Sandra Maria Juvenal Gomes e Elisandra Braga Martins dos Santos, integrantes da comissão especial de licitação, sabedores da fraude, elaboraram a ata de recebimento da documentação de habilitação relativa a Concorrência 001/2007 e o respectivo relatório.

Rodrigo Rodolfo, de Melo, embora fosse sócio-administrador da Construforte Construções LTDA, durante a gestão de Alexciana, foi Secretário de Finanças e Presidente da Comissão Permanente de Licitação. Com efeito, este representante da Construforte Construtora LTDA, foi intensamente ligado à administração municipal.

O acusado Rodrigo Rodolfo de Melo representou, a um só tempo, o, tomador do serviço e seu prestador; o Órgão julgador da licitação o licitante; o agente pagador e seu favorecido.

José Jerônimo Filho, por seu turno, primo de José Vieira, na qualidade de representante da Construforte Construtora Ltda, - assinou o

Superior Tribunal de Justiça

contrato com a Prefeitura. No dia 1º de agosto de 2007, na qualidade de representante da Construforte Construtora Ltda., assinou recibo no valor de R\$ 168.813,39 (cento e sessenta e oito mil oitocentos e treze reais e trinta e nove centavos).

No dia 28 de agosto de 2007, José Jerônimo Filho, na qualidade de representante da Construforte Construtora Ltda., assinou recibo no valor líquido de R\$ 205.411,02 (duzentos e cinco mil e quatrocentos e onze reais e trinta e dois centavos), fls. 297 do Anexo I [...].

José Vieira da Silva, por seu turno, era o dono de fato da Construforte Construtora LTDA. e o cabeça do esquema delituoso.

[...]

Para dar execução a objeto conveniado, a Prefeitura de Marizópolis/PB, à época sob gestão da demandada Alexciana Vieira Braga, deflagrou o procedimento licitatório (Concorrência nº 01/2007), cujo instrumento convocatório repousa as fls 76/188 do apenso I do ICP nº, L24.002.000020/2009-10. Instituiu-se, com tal finalidade, Comissão Especial de Licitação (CEL) integrada pelos acusados Johnson Kennedy Rocha Sarmento - (Presidente), Sandra Maria Juvenal Gomes e Elisandra Braga Martins dos Santos, os quais foram responsáveis pela condução das fases interna e externa do certame.

[...]

Com o fim de cercear o caráter competitivo da licitação e assegurar a vitória de empresa pertencente ao mesmo grupo político e familiar integrado pela então Prefeita Alexciana Vieira Braga e por seu tio e atual Prefeito, José Vieira da Silva, Alexciana Vieira Braga, então Prefeita' de Marizópolis/PB, acobertada pelos membros da Comissão Especial de Licitação, estipulou como objeto do certame uma obra de cinco milhões de reais, quando o Município dispunha, à época, de apenas R\$ 927.000,00 (novecentos e vinte e sete mil reais), correspondentes à primeira etapa do projeto.

[...]

É inofismável que era do conhecimento do prefeito e por parte dos denunciados a realidade financeira do Município. Logo, a real intenção da então Prefeita, acobertada pelos membros da Comissão Especial de Licitação, ao estipular como objeto do certame uma obra de cinco milhões de reais, quando o Município dispunha, à época, de apenas R\$ 927.000,00 (novecentos e vinte e sete mil reais), correspondentes à primeira etapa do projeto era cercear o caráter competitivo da licitação e assegurar a vitória de empresa pertencente ao mesmo grupo político e familiar integrado pela então Prefeita **Alexciana Vieira Braga** e por seu tio e atual Prefeito, o acusado **José Vieira da Silva**.

26. Com efeito, a medida consistente em aumentar astronomicamente

o objeto licitado, sobrelevando-lhe em cerca de 450% (quatrocentos e cinquenta por cento), permitiu à prefeita e aos membros da Comissão Especial de Licitação – CEL a adoção de artifícios tão somente voltados à restrição do número de concorrentes e dos possíveis interessados no certame. Percebe-se, nesse sentido, que como forma de **qualificação econômico-financeira** dos licitantes, exigiu-se a prestação de **garantia provisória** no importe de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais), correspondente a 1% do valor estimado da contratação, nos termos do art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (item 6.4.2 do edital, item “d”, no ICP nº 20/2009-10, apenso II, fs. 737).

27. Também em relação à qualificação econômico-financeira, foi imposto pela Administração que os licitantes deveriam possuir **capital mínimo integralizado** no valor de R\$ 499.000,00 (quatrocentos e noventa e nove mil reais), correspondente a 10% sobre o valor estimado da contratação, conforme prevê o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/93 (item 6.4.2 do edital, item “e”, no ICP nº 20/2009-10, apenso II, fs. 737)

[...]

37. Com efeito, a conduta da então Prefeita Alexciana Vieira Braga e pelos senhores Johnson Kennedy Rocha Sarmento, Sandra Maria Juvenal Gomes e Elisandra Braga Martins dos Santos, membros da Comissão Especial de Licitação, acarretou a frustração do caráter competitivo da Concorrência 01/2007, já que, entre outras razões:

- a) as empresas possivelmente interessadas não tiveram conhecimento sobre dados essenciais a respeito do certame (valor, tipo de licitação, regime de execução e natureza das obras de infraestrutura) e do local onde poderiam obter tais informações, uma vez que o telefone divulgado no aviso de licitação não funcionava corretamente e foi divulgado que o Município de Marizópolis era situado no longínquo Estado do Paraná;
- b) mesmo que as mencionadas empresas tomassem conhecimento sobre a realização do certame e soubessem que o município licitante era situado na Paraíba, ainda teriam que pagar R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para adquirir cópia do edital;
- c) caso os interessados tivessem conhecimento do certame e pagassem R\$ 400,00 (quatrocentos reais) pelo edital, para que participassem do certame, ainda teriam que depositar em garantia a quantia de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) e demonstrar um capital mínimo integralizado de R\$ 499.000,00 (quatrocentos e noventa e nove mil reais).

[...] Porém, as duas licitantes não travaram entre si um real embate

comercial no curso da concorrência nº 01/2007, de forma que a escolha da empresa vencedora teve por único critério a existência de laços familiares e políticos entre os seus representantes e os agentes públicos municipais condutores do certame.

40. Demais disso, a própria ré **ALEXCIANA VIEIRA BRAGA**, então Prefeita Municipal, já integrara o quadro societário da empresa Construforte Construtora LTDA, o que, em se tratando de uma sociedade limitada, na qual a *affection societatis* é de proeminente importância, já seria suficiente para atingir o caráter imparcial e objetivo da licitação (vide contrato social às fs. 207/211 do ICP n. 37/2007-13). Além disso, praticamente todos os outros sócios e exsócios da indicada construtora guardam relação familiar ou política com a então gestora municipal e seu tio, o atual Prefeito **JOSÉ VIEIRA DA SILVA**, o qual ocupava, à época da administração de **ALEXCIANA VIEIRA BRAGA**, o cargo de Secretário de Planejamento.

41. De forma didática e clara, valho-me da seguinte tabela para demonstrar a estreita ligação existente entre a grande maioria dos integrantes da sociedade limitada Construforte Construtora LTDA, vencedora da Concorrência nº 01/2007, e os agentes públicos responsáveis pela condução do certame: [...]

42. Ademais, segundo informações atuais constantes do banco de dados da Receita Federal, o telefone residencial da demandada Alexciana Vieira Braga é (83) 3521-2207 [vide Relatório de Pesquisa nº 88/2012, à f. 64, do Anexo I (13/21)]. Este número de telefone, no entanto, também consta dos cadastros de **JOSÉ JERÔNIMO FILHO** e **FRANCISCO DE ASSIS DE FERNANDES**, sócios da Construforte durante o período das obras (Relatórios de Pesquisa nº 81/2012 e nº 99/2012). Ademais, o mesmo terminal telefônico consta também dos cadastros de **ELISÂNGELA VIEIRA BRAGA DA COSTA**, **AURENICE DE SOUZA CARVALHO**, **JOSÉ JOFRAN JERÔNIMO DE CARVALHO** e Jeremias Jerônimo Gomes, todos integrantes da mesma sociedade (Relatórios de Pesquisa nº 86/2012, nº 87/2012, nº 92/2012 e nº 101/2012).

43. Do mesmo modo, em declarações prestadas diante da Polícia Federal (fs. 184/185 do ICP nº 20/2009-10, o acusado **JOSÉ VIEIRA DA SILVA** indicou o número (83) 3544-1088 como telefone de contato, número este também utilizado pelos senhores **JOSÉ RODRIGUES SOBRINHO** (sócio no período de obras), **AFRÂNIO JERÔNIMO DE CARVALHO** (sócio atual da empresa) e **JEOVÁ CURSINO DE SENA PINTO** (engenheiro da empresa responsável pela execução das obras), o que torna inequívoca a sua vinculação com as atividades da Construforte (Relatórios de Pesquisa n. 82/2012,

nº 83/2012 e nº89/2012).

44. Aliás, **José Vieira da Silva** é sócio de várias empresas do ramo da construção civil (Construtora Marizópolis, CNPJ nº 00.563.554/0001-05; Jerônimo e Vieira LTDA, CNPJ nº 12.664.204/0001-20; Construtora Sertão LTDA, CNPJ nº 70.004.395/0001-86, consoante os Relatórios de Pesquisa n. 123/2012, nº 125/2012, nº 126/2012 e nº 127/2012), sendo que uma delas (Construtora Sertão LTDA) tem sede no mesmo endereço onde residem a senhora Elisângela Vieira Braga da Costa, o engenheiro Jeová Cursino de Sena Pinto (ambos já integrantes do quadro societário da Construforte) e o próprio José Vieira da Silva (Rua Juscelino Kubtschek, nº 19, Centro, Marizópolis/PB, nos termos dos Relatórios de Pesquisa nº 89/2012, nº 123/2013 e nº 127/2012).

45. A verdade é que, segundo informações coligidas no curso dos inquéritos civis em anexo, o acusado José Vieira da Silva era o administrador efetivo da empresa Construforte e o Prefeito de fato do Município de Marizópolis/PB, tendo lançado a candidatura da demandada Alexciana Vieira Braga, sua sobrinha, durante as eleições de 2004, apenas por não ter sido possível a sua reeleição para mais um mandato eletivo. Nesse aspecto, perceba-se que, em depoimento prestado na Procuradoria da República no Município de Sousa/PB (fs. 179/180 do ICP nº 20/2009-10), o referido acusado afirmou ter “convidado”o dono da Construforte, o senhor José Jerônimo, para realizar as obras referentes à 1ª etapa do projeto de saneamento básico do município, o que prova, acima de tudo, que a Concorrência 01/2007 não passou de um simulacro de licitação, um jogo de cartas marcadas.

46. É notório, portanto, que todos os atos praticados em nome da Construforte firmados pelos demandados **Rodrigo Rodolfo de Melo** e **José Jerônimo Filho** (endosso de cheques, recibos, atas, propostas de preços etc.), tiveram como idealizador direto o acusado José Vieira da Silva, maior responsável e beneficiário das ilegalidades relacionadas à execução do Convênio nº 2086/2006.

47. Também merece destaque a relação entre o acusado **Rodrigo Rodolfo de Melo**, sócio-administrador da Construforte Construções LTDA durante os fatos tratados nesta demanda, a então Prefeita **Alexciana Vieira Braga** e o atual gestor do município, o senhor **José Vieira da Silva**. O referido sócio, em verdade, foi intensamente ligado à administração municipal, tendo funcionado como Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Secretário de Finanças e de Saúde durante a gestão de Alexciana.

48. A propósito, de forma muito comprometedora, o senhor Rodrigo Melo – que, durante a licitação e execução do contrato, afastouse

dolosamente do cargo de Secretário de Finanças, continuou a exercer materialmente as atribuições relacionadas à pasta. Com efeito, afirmou, em declarações colhidas na PRM de Sousa/PB, que “no período em que o depoente foi sócio, o depoente chegou a pagar a importância de R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais), que correspondia à execução da primeira etapa” (fs. 177/178 do ICP nº 20/2009-10). É dizer, o acusado Rodrigo Rodolfo de Melo representou, a um só tempo, o tomador do serviço e seu prestador; o órgão julgador da licitação e o licitante; o agente pagador e seu favorecido.

[...]

51. Diante desse quadro, não restam dúvidas sobre a relação monolítica existente entre os sócios da Construforte Construtora LTDA. e os agentes públicos municipais responsáveis pela condução e julgamento da Concorrência nº 01/2007. Do mesmo modo, percebe-se que a aludida sociedade representa, em verdade, uma empresa fantasma, uma vez que nunca possuiu sede, equipamentos ou quadro próprio de funcionários.

[...] (fls. 2-25)

Informam, ainda, os autos que o **Tribunal Regional Federal da 5ª Região recebeu parcialmente a denúncia, apenas quanto ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e a rejeitou em relação à imputação dos crimes dos arts. 288 do CP e 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967**, argumentando que, “no tocante ao crime do art. 288, do CP, não há descrição na peça acusatória de que a reunião dos agentes configuraria uma associação estável e permanente voltada à prática de vários crimes, de modo a caracterizar o crime do art. 288, do CF”. Acrescentou que “o Parecer Técnico da FUNASA, que concluíra pela ocorrência de sobrepreço na licitação, acarretando um prejuízo de R\$ 29.713,55, não é prova deste. Para tanto seria imprescindível que houvesse, de forma exemplificativa, quais os itens que contribuíram para o sobrepreço” (fl. 810). Confira-se a transcrição do voto condutor:

[...]

No entanto, não há descrição na peça acusatória de que a reunião dos agentes configuraria uma associação estável e permanente voltada à prática de vários crimes, de modo a caracterizar o **crime do art. 288, do CP**. O libelo acusatório não cuidou de demonstrar que a reunião dos agentes configuraria uma empresa criminosa, aludindo apenas, às fls. 04, que os réus, “voluntariamente, em concurso com unidade de desígnios, no período de 30/06/2006 a 30/06/2007, associaram-se em quadrilha, para cometer crimes e, especialmente, concorreram para

(...):”

Deveras genérica, tal menção impossibilita que os denunciados exerçam a ampla defesa quanto à imputação que lhes é endereçada, o que conduz, inelutavelmente, à inépcia da denúncia quanto à respectiva acusação.

Com relação ao crime de apropriação e desvio, cujo montante seria de R\$ 29.713,55, com tipificação legal no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, a denúncia historia o seguinte, no que interessa:

Foram empregados nas obras materiais de qualidade inferior ao estipulado pelo órgão concedente, adquiridos mediante o pagamento de quantias exorbitantes, com objetivo de incrementar o patrimônio pessoal do prefeito José Vieira da Silva, de seus aliados e familiares. Nesse aspecto o Parecer Técnico nº 117/2007 da FUNASA (fl. 360 do ICP Nº 37/2007-13) aponta um sobrepreço estimado em R\$ 29.713,55 (vinte e nove mil, setecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos), apenas com base nas planilhas orçamentárias constantes do projeto, ou seja, sem ter levado em conta qualquer análise qualitativa dos materiais utilizados nas obras – medida que fatalmente demonstra outras impropriedades de execução. No mesmo passo há registros fotográficos que demonstram o descaso com o qual os serviços foram conduzidos, acarretando prejuízos financeiros ao erário (fls. 370/371 do ICP nº 37/2007-13). Com efeito, os acusados também concorreram para o desvio de recursos públicos federais em proveito do acusado José Vieira da Silva.

Muito embora a conclusão de que houve sobrepreço de R\$ 29.713,55 (vinte e nove mil, setecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos) em relação ao valor inicialmente orçado, com base no Parecer Técnico da FUNASA elaborado em 28/11/2007 (fl. 34, apenso 3), seja em relação aos ex-participantes da comissão de licitação seja em relação aos demais denunciados, **não houve a descrição circunstanciada do *modus operandi* adotado (se houve ajuste de preços, omissão quanto à pesquisa de mercado, aumento inadmissível no preço de alguns itens, simulação, etc..).** O referido parecer consta às fls. 34 do Apenso 3/21, e tal documento apenas constatou que **houve sobrepreço em relação ao valor total previsto levando em conta planilha comparativa de preços e serviços, mas não conclui, de forma específica, o que gerou o referido sobrepreço, qual a sua causa.**

Imprescindível que houvesse, de forma exemplificativa, quais os itens que contribuíram para o sobrepreço, a fim de ser avaliada, em tese, a sua suposta ilicitude, certo de que nem todo excedente de preço pode ser caracterizado como sobrepreço ou superfaturamento. Registro que a Corte de Contas da União possui o entendimento de considerar aceitáveis pequenas diferenças de preços em relação ao parâmetro de comparação (cf. Acórdão 394/2003, 1198/2004, 752/2007 e 2130/2010), que a depender do patamar em que situados os preços, podem refletir variações normais de mercado. Nesse contexto, **a diferença para maior de aproximadamente 3,2% entre os quantitativos originais da planilha orçamentária aprovada e o total dos serviços efetivamente licitados pela municipalidade naquela época, ao meu sentir, não caracteriza, de forma suficiente, a materialidade delitiva**, ante a ausência de indícios e informações que apontem em sentido diverso.

A robustecer tal assertiva – de que a diferença encontrada não denota sobrepreço ou superfaturamento – **destaco o Parecer Técnico nº 666/2012 da FUNASA (fl. 167-168, vol. 1), elaborado posteriormente, em 07/12/2012, o qual não fez qualquer alusão ou ressalva a título de sobrepreço, como fora verificado no parecer anterior elaborado quatro anos atrás**. O Parecer Técnico 666/2012 objetivou apreciar pedido de readequação de serviços requerida pela municipalidade (Planilha de supressões de itens não executados e planilha de acréscimos de serviços executados), no qual **a FUNASA concluiu que o total da obra atendeu a execução física e o objeto pactuado do convênio em 100%**, destacando como valor total dos serviços executados a quantia de R\$ 971.006,94 (novecentos e setenta e um mil e seis reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) da FUNASA e a contrapartida do Município R\$ 71.006,94 (setenta e um mil e seis reais e noventa e quatro centavos).

Veja-se. **Não se está aqui a afirmar que não houve o desvio ou a apropriação apontados, mas que, se tal prática foi levada a efeito pelos denunciados, a peça acusatória não se desincumbiu do seu mister de demonstrar, no âmbito do juridicamente admissível, a sua suposta ocorrência (materialidade delitiva)**, quais as circunstâncias de seu cometimento e quem teria praticado, inobservando o comando do art. 41 do CPP, elementos indispensáveis ao pleno exercício da ampla defesa pelos acusados quanto à referida imputação.

Portanto, RECEBO a denúncia apenas quanto à suposta prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, citando-se os réus para que apresentem a sua defesa, e REJEITO a denúncia: a) por inépcia (art.

Superior Tribunal de Justiça

395, I, CPP), no tocante ao crime do art. 288, do Código Penal (crime de quadrilha ou bando); b) e por ausência de justa causa (idem, inc. III) quanto ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. [...] (fls. 600-602)

Irresignado com o parcial recebimento da denúncia, o denunciado **José Vieira da Silva** interpôs o **recurso especial**, apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, aduzindo que "o acórdão embargado contrariou o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, tendo em vista a ausência de justa causa [inexistência de prejuízo ao erário] para a ação penal com base no artigo 90, da Lei no 8.666/93" (fl. 659).

Pediu a defesa "o provimento do presente recurso especial para, reconhecendo flagrante desrespeito ao artigo 395, III, do CPP, rejeitar a denúncia também quanto ao crime licitatório (art. 90, Lei 8.666/93)" (fl. 662).

O **MPF**, por sua vez, interpôs o **recurso especial**, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, salientando que "a Corte Regional ao desconsiderar a descrição das elementares do crime do art. 288 ao longo da denúncia, antecipando um verdadeiro juízo de cognição exauriente, ainda na fase de recebimento da denúncia, foi além do que permite o disposto no art 41, do CPP" (fl. 693). Asseverou, ainda, que, "no tocante ao desvio de recursos públicos, não se coaduna com essa fase inicial do processo penal, a exigência de se minudenciar os itens da licitação que foram apresentados com sobrepreço, se seu conjunto já denota essa ilicitude" (fl. 693).

O *Parquet* requer o provimento deste recurso especial, com o fito de substituir o acórdão recorrido, "a fim de a denúncia ser recebida integralmente".

A **Vice-Presidência da Corte de origem admitiu o recurso ministerial**, ao mesmo tempo que **não o fez em relação ao apelo defensivo**, com fundamento no Súmula n. 7 do STJ.

A defesa, então, interpôs **agravo em recurso especial**, sustentando que "não é necessário um reexame das provas constantes nos autos, já que restou consignado no próprio acórdão vergastado a ausência de dano ao erário, o que por si só autoriza o exame do recurso especial, sem encontrar óbice na súmula 07 do STJ, diferentemente do entendimento adotado pelo Desembargador do TRF da 5 Região" (fl. 784).

Os autos foram enviados ao Ministério Público Federal, que

oficiou pelo "provimento do recurso especial do Ministério Público Federal e pelo desprovimento do agravo de José Vieira da Silva" (fls. 831-841).

II. Agravo em recurso especial de José Vieira da Silva

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, razões pelas quais comporta conhecimento.

O recurso especial, por sua vez, também é tempestivo e preenche os requisitos constitucionais, legais e regimentais para seu processamento.

A defesa sustenta ser "fato incontroverso nos presentes autos, consoante reconheceu o próprio acórdão recorrido, que inexistiu qualquer prejuízo ao erário público do Município de Marizópolis/PB, tanto que restou afastada possível afronta ao artigo 1º, inciso I, do Decreto n. 201/67" (fl. 659).

Conclui que "o acórdão embargado contrariou o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, tendo em vista a ausência de justa causa para a ação penal com base no artigo 90, da Lei n. 8.666/93" (fl. 659).

Todavia, é necessário salientar que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, **"o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente**, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base" (HC n. 384.302/TO, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 9/6/2017). Nesse sentido:

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o resultado jurídico exigido pelo art. 90 da Lei n. 8.666/1993 não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. [...]

(AgRg no REsp n. 1604318/SE, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 11/10/2018)

Logo, constatado pelas instâncias ordinárias o ajuste ilícito para a frustração do caráter competitivo da licitação, **o crime formal do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 está perfeitamente configurado em tese.**

III. Recurso especial do MPF – desnecessidade de reexame de provas

O agravo regimental sustenta que "é nítido que o Nobre Julgador adentrou no reexame de fatos e provas, o que é inadmissível consoante preceitua a Súmula 07 do STJ, devendo o acórdão ser reformado".

Todavia, entendo que a análise da controvérsia apresentada no recurso especial prescinde do reexame de provas; é suficiente, apenas, a reavaliação dos fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

Com efeito, o acórdão impugnado, ao receber parcialmente a denúncia, rejeitou as imputações no tocante ao crime do art. 288 do Código Penal, por inépcia, e, quanto ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, por ausência de justa causa.

Por sua vez, o MPF interpôs recurso especial, defendendo que, "a Corte Regional contrariou tanto o disposto no art. 288, do CP, quanto o do art. 1º, I, do Decreto-lei n. 201/67", bem como "também contrariou o disposto no art. 41, do CPP ao desconsiderar a descrição das elementares do crime do art. 288 e ao partir da premissa de que se exige um juízo de plena certeza quanto a composição valores dos itens que redundaram no sobrepreço do objeto da licitação" (fl. 688).

Portanto, a decisão impugnada simplesmente reconheceu o contexto fático descrito pelo próprio acórdão atacado: "quadro demonstrativo da ligação de parentesco existente entre a então Prefeita, Alexciana Vieira Braga (ex-integrante da referida empresa vencedora e sobrinha do atual Prefeito, José Vieira da Silva), a grande maioria dos integrantes da sociedade Construforte Construtora Ltda, vencedora da Concorrência, e os agentes públicos responsáveis à época pela condução do certame" (fl. 599).

Como **o crime de quadrilha** – que tem por objeto jurídico a paz pública – **é formal e de perigo abstrato** – não exige a lei que se evidencie o perigo, apenas o presume. Assim, a mera possibilidade de causar dano ao objeto jurídico tutelado dispensa resultado naturalístico, visto que a potencialidade de dano da atividade delineada na denúncia é suficiente para caracterizar o crime em questão. Confira-se o teor da decisão ora impugnada:

[...]

II.c. Inépcia da denúncia quanto ao crime de quadrilha – não ocorrência

Quanto à rejeição da imputação relativa ao crime do art. 288, do Código Penal, por inépcia, **entendo que o recurso deve ser provido.**

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento do processo em habeas corpus, por ser medida excepcional, somente é cabível quando ficarem demonstradas, de maneira inequívoca e a um primeiro olhar, a atipicidade da conduta, **a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria** ou a existência de causa extintiva da punibilidade, **situações estas que não constato caracterizadas na espécie.**

Tendo em vista que a denúncia é uma peça processual por meio da qual o órgão acusador submete ao Poder Judiciário o exercício do *jus puniendi*, o legislador estabeleceu alguns requisitos essenciais para a formalização da acusação, a fim de que seja assegurado ao acusado o escorreito exercício do contraditório e da ampla defesa. Na verdade, a própria higidez da denúncia opera como uma garantia do acusado.

Segundo o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, "A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Por sua vez, no juízo de admissibilidade da acusação, em grau de cognição superficial e limitado, prevê o art. 395 do CPP:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Logo, a denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), a peça vier acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

No que tange à rejeição da denúncia quanto ao art. 288 do CP, por inépcia, observo que a denúncia narrou a divisão de tarefas entre os denunciados na associação criminosa que se teria formado para frustrar o caráter competitivo da licitação e a apropriação, em proveito próprio ou alheio, de parte dos recursos repassados pelo Governo

Federal.

De fato, a conduta de cada um dos recorridos restou devidamente detalhada, de modo estável, cerca de um ano, desde a celebração do convênio à execução parcial da obra. Narrou a denúncia, em suma, que coube à Alexciana Vieira Braga (prefeita) o papel de assinar o Convênio nº 2086/2006, realizar prestação de contas, homologar o resultado da licitação, adjudicar seu objeto, assinar seu contrato e os cheques para pagamento da empresa vencedora.

Para tanto, teria se associado aos membros da Comissão de Licitação, Johnson Kennedy Rocha Sarmento, Sandra Maria Juvenal Gomes e Elisandra Braga Martins dos Santos. A esses codenunciados cabia a atribuição de elaborar a ata de recebimento da documentação de habilitação relativa à Concorrência 001/2007 e o respectivo relatório. Descreveu, ainda, que competia a Rodrigo Rodolfo de Melo a função de representar, simultaneamente, o tomador do serviço e seu prestador; o órgão julgador da licitação e o licitante; o agente pagador e seu favorecido. Da mesma forma, José Jerônimo Filho era representante da Construforte Construtora Ltda. e, nessa qualidade, assinou o contrato com a Prefeitura. José Vieira da Silva, por sua vez, era o dono de fato da vencedora do certame e o líder do esquema delituoso.

Saliente-se que o próprio acórdão impugnado ressaltou o "quadro demonstrativo da ligação de parentesco existente entre a então Prefeita, Alexciana Vieira Braga (ex-integrante da referida empresa vencedora e sobrinha do atual Prefeito, José Vieira da Silva), a grande maioria dos integrantes da sociedade Construforte Construtora Ltda, vencedora da Concorrência, e os agentes públicos responsáveis à época pela condução do certame" (fl. 599).

Com efeito, **o crime de quadrilha** – que tem por objeto jurídico a paz pública – **é formal e de perigo abstrato**, não exigindo a lei que se evidencie o perigo, presumindo-o.

Isto é, na hipótese de crime de natureza formal, a mera possibilidade de causar dano ao objeto jurídico tutelado, dispensa resultado naturalístico, visto que a potencialidade de dano da atividade descrita na denúncia é suficiente para caracterizar o crime em questão. Nesse sentido:

RHC - QUADRILHA OU BANDO - INÉPCIA DA DENUNCIA - PROVA ILÍCITA - PRISÃO PREVENTIVA - FUGA. 1. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE QUADRILHA, BASTA EXIGIR O PROPÓSITO DE ASSOCIAÇÃO, DO AGENTE AO GRUPO CRIADO COM A FINALIDADE DA PRÁTICA DE CRIMES, SENDO

DESNECESSÁRIO ATRIBUIR-LHE AÇÕES
CONCRETAS. LOGO, NÃO É INEPTA DENUNCIA
NESSES TERMOS. [...]

4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E, NESSA
EXTENSÃO, CONCEDIDA A ORDEM.

[...] (RHC n. 7.363/RJ, Rel. Ministro **Anselmo Santiago**, 6ª
T., DJ 15/6/1998)

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2015/0121566-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.533.488 / PB**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067699120134050000 105000000739201221 67699120134050000 94412014

EM MESA

JULGADO: 13/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : JOSÉ VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : JOÃO AGRIPINO DE VASCONCELOS MAIA - DF000482A
RECORRIDO : JOSE JERONIMO FILHO
ADVOGADO : FABRICIO ABRANTES DE OLIVEIRA - PB010384
RECORRIDO : RODRIGO RODOLFO DE MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : ALECXIANA VIEIRA BRAGA
ADVOGADO : LINCON BEZERRA DE ABRANTES - PB012060
RECORRIDO : SANDRA MARIA JUVENAL GOMES
ADVOGADO : SEBASTIÃO FERNANDO FERNANDES BOTELHO - PB007095
RECORRIDO : JOHNSON KENNEDY ROCHA SARMENTO
ADVOGADO : CLÁUDIO ROBERTO LOPES DINIZ - PB008023
RECORRIDO : ELISANDRA BRAGA DOS SANTOS
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
AGRAVANTE : JOSÉ VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : NEWTON NOBEL SOBREIRA VITA - PB010204
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : ALECXIANA VIEIRA BRAGA
CORRÉU : JOHNSON KENNEDY ROCHA SARMENTO
CORRÉU : SANDRA MARIA JUVENAL GOMES
CORRÉU : ELISANDRA BRAGA DOS SANTOS
CORRÉU : RODRIGO RODOLFO DE MELO
CORRÉU : JOSE JERONIMO FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Paz Pública - Quadrilha ou Bando

AGRAVO REGIMENTAL

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVANTE : JOSÉ VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : NEWTON NOBEL SOBREIRA VITA - PB010204
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

