

30/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. EDSON FACHIN**
REVISOR : **MIN. LUIZ FUX**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RÉU(É)(S) : **MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. PECULATO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPCIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO.

1. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa.

2. Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva dos crimes de dispensa irregular de licitação e de peculato, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a condenação é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a acusação no tocante ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93, fixando a pena em 5 anos e 4 meses e 100 dias-multa à razão de R\$ 300,00.

AP 946 / DF

No tocante ao crime do art. 312 do Código Penal, julgou procedente o pedido e fixou a pena em 4 anos e 4 meses de reclusão e 17 dias-multa, verificada a prescrição da pena em concreto, nos termos do voto médio do Relator quanto ao art. 89; vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, que julgavam improcedente a acusação.

Brasília, 30 de agosto de 2016.

Ministro **EDSON FACHIN**
Redator para o acórdão

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REVISOR : **MIN. LUIZ FUX**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RÉU(É)(S) : **MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela assessora Dra. Mariana Madera Nunes:

O Procurador-Geral da República ajuizou ação penal contra Maria Auxiliadora Seabra Rezende em razão da prática dos crimes tipificados nos artigos 89, cabeça (dispensar ou inexigir licitação em desacordo com a lei), combinado com o 84, § 2º (majoração pelo exercício de função de confiança em órgão da Administração direta), da Lei nº 8.666/1993, e 312 (peculato), combinado com o 327, § 2º (majoração pelo exercício de função de confiança em órgão da Administração direta), ambos do Código Penal, conforme veiculado à folha 4 à 18.

Segundo a denúncia, no período de dezembro de 2002 a janeiro de 2004, a acusada teria, na qualidade de Secretária da Educação e Cultura do Estado de Tocantins, deixado de observar, ante a justificativa de inviabilidade de competição, as formalidades legais nos processos de inexigibilidade de licitação de nº 2004.2700.001748, 2003.2700.003765, 2003.2700.003811, 2003.2700.003812, 2003.2700.003813, 2003.2700.003814 e 2002.2700.003452, vindo a adquirir, diretamente das empresas Educar Livros Comércio e Representações Ltda., Gurupi Editorial e Papéis Ltda., Editora

AP 946 / DF

Edjovem Ltda. e Editora Rideel Ltda., livros didáticos com recursos oriundos do Programa de Educação de Jovens e Adultos do Ministério da Educação, beneficiando-as com superfaturamento dos objetos contratuais.

Em resposta, a defesa sustentou a legalidade do procedimento de contratação direta em face da exclusividade de comercialização nacional e regional das obras definidas pela Comissão Técnico-Pedagógica da Secretaria de Educação. Ressaltou haver sido emitido parecer favorável pela Procuradoria-Geral do Estado e pela Assessoria Jurídica. Salientou não demonstrado o dolo específico da denunciada, pois teria agido amparada no artigo 25, inciso I, da Lei de Licitações. Aduziu que o Tribunal de Contas da União, em caso correlato, entendeu ausentes elementos configuradores de superfaturamento. Postulou o não recebimento da denúncia e, sucessivamente, a juntada de documentos e a oitiva de testemunhas.

A Primeira Turma do Supremo, em 24 de junho de 2014, recebeu a denúncia (folha 236 a 248). Contra o acórdão, foram interpostos embargos de declaração, acolhidos pela Turma sem eficácia modificativa, nos termos do voto proferido por Vossa Excelência. Negou-se seguimento aos segundos declaratórios, determinando-se a sequência da ação penal.

Foi deferida a juntada do acórdão nº 837/2013, formalizado pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, em que julgadas regulares as contas relativas aos contratos do Estado do Tocantins nos exercícios de 2003 e 2004 (folha 462).

Nos depoimentos, Fabrício Fonseca Theodoro, perito criminal federal, confirmou ser o responsável pela elaboração do laudo pericial mediante o qual se concluiu pela existência de superfaturamento nos contratos, ressaltando ter sido feita pesquisa de mercado sobre os preços dos livros em razão da

AP 946 / DF

falta de acesso aos catálogos das editoras. José Renard de Melo Pereira, Procurador-Geral do Estado no período dos fatos, disse da impossibilidade de apresentação de parecer opinativo da inexigibilidade de licitação sem que preenchidos os requisitos. (folhas 394 a 408 e 428 a 432).

A acusada, em interrogatório, ao negar a prática do delito, informou que a Secretaria de Educação não perfazia o procedimento de compra, realizada pela Secretaria da Fazenda. Afirmou que as obras foram adquiridas com desconto nas tabelas das editoras. Destacou que o Tribunal de Contas da União aprovou as contas. Apontou a insubsistência do laudo pericial, uma vez alicerçado em pesquisa de preços efetuada em sítio de compras.

O Ministério Público Federal peticionou requerendo diligências, aludindo ao artigo 10 da Lei nº 8.038/1990. Acolheu-se o pedido para que fosse determinado ao Tribunal de Contas da União o encaminhamento de cópia integral do processo nº 020.500/2006-4. A defesa não apresentou pedido.

A Procuradoria-Geral da República, nas alegações finais (folha 477 a 493), frisa estar comprovada a materialidade e a autoria do delito, com fundamento nas peças anexadas ao processo (folhas 86 a 94 e 186 do apenso 1). Sublinha que não ficou caracterizada a inexigibilidade de certame. Enfatiza não ter sido realizada pesquisa de mercado para aferir os preços apresentados pelas empresas. Assinala a autorização, sem justificativa, do acréscimo de 25% no valor contratado. Salienta ausente a manifestação da Procuradoria do Estado acerca da legalidade das aquisições diretas. Requer a condenação pela prática dos crimes versados nos artigos 89, cabeça, combinado com o 84, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, e 312, combinado com o 327, § 2º, ambos do Código Penal.

A defesa, em alegações finais (folha 497 a 534), reitera a

AP 946 / DF

inépcia da denúncia, tendo em conta a falta de demonstração do dolo específico. Realça a atipicidade da conduta de peculato, porquanto não demonstradas evidências do locupletamento dos valores ou bens supostamente desviados. Aduz ter-se verificado, no documento constante das folhas 47 e 48 do apenso 3, que os valores contratados estavam abaixo dos praticados no mercado. Assevera que, no processo de escolha técnica das obras, foram observados os critérios de conveniência e oportunidade. Defende a validade das declarações de exclusividade expendidas pela Câmara Brasileira do Livro. Pretende o trancamento da ação penal, em razão da inexistência de conduta típica e de substrato fático. Sucessivamente, busca a improcedência da denúncia pela atipicidade e ausência de prova das alegações.

Anoto que a Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, no processo nº TC 020.500/2006-4, julgou regulares, com ressalva, as contas da denunciada, dando ciência à Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Tocantins do fato de não ter havido pesquisas de mercado a comprovarem a compatibilidade de preços contratados (folha 462).

O processo encontra-se instruído para julgamento de mérito.

É o relatório.

23/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

LICITAÇÃO – INEXIGIBILIDADE – INEXISTÊNCIA. Configura o delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 a ausência de licitação quando não comprovada a exclusividade.

PECULATO-DESVIO – ADITIVO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. Configura o delito do artigo 312 do Código Penal a celebração de aditivos contratuais, no percentual máximo previsto em lei – 25% –, quando não revelada a necessidade do ente da Administração Pública, implicando superfaturamento dos contratos e desvio de dinheiro público.

Afasto a preliminar de inépcia da peça acusatória, ante o fato de conter abordagem da imputação formalizada. Atendidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, não há que se falar em inépcia.

Os fatos estão bem postos e tudo ocorreu no âmbito da Secretaria de Educação e Cultura e não na Secretaria da Fazenda. No bojo do inquérito policial instaurado pela Superintendência Regional de Polícia Federal no Tocantins, para apurar irregularidades na aplicação das verbas destinadas à execução de convênios firmados pela Secretaria da Educação e Cultura do Estado do Tocantins, da qual era titular a ré, com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, observado relatório da Controladoria-Geral da União, surgiu a notícia da contratação direta das empresas Educar Livros Comércio e Representações, Gurupi Editoriais e Papéis Ltda., Editora Edjovem Ltda. e Editora Rideel Ltda. A justificativa utilizada foi a inexigibilidade da licitação ante a inviabilidade de competição, apontando-se as declarações de exclusividade apresentadas

AP 946 / DF

por duas empresas, mediante as quais ter-se-ia base para a dispensa do certame, consoante o artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

A norma versa a inexigibilidade da licitação quando a competição seja inviável, tendo em vista a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, desde que atestada a exclusividade por entidade do ramo de atividade correspondente. Vê-se que, objetivando dar respaldo aos procedimentos administrativos, foram consideradas válidas declarações de exclusividade circunscritas às regiões Norte e Nordeste do País (processos nº 2004.2700.001748, 2003.2700.003765 e 2003.2700.003814), ou à cidade de Palmas/TO (processo nº 2003.2700.003812), bem como emitidas por entidade não prevista em lei (processo nº 2004.2700.001748) ou ainda atestados não constantes do procedimento (processo nº 2003.2700.003811).

As cartas de exclusividade não permitiam inferir a inexistência, à época, de outros fornecedores das mercadorias pretendidas, conforme pronunciou-se o Tribunal de Contas da União, ressaltando que nada impedia a Secretaria de Educação do Tocantins de efetuar pesquisa de preço em outras praças ou, até mesmo, em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos no âmbito do mencionado programa educacional têm distribuição em todo o território nacional, caindo por terra a alegação de que a exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização de tais pesquisas.

O perito criminal federal Fabrício Fonseca Theodoro, responsável pela elaboração do Laudo nº 091/2011/SE-TEC/SR/TO, fez ver que não houve comprovação de terem sido os preços praticados compatíveis com o mercado ou mais vantajosos. Observou, mediante consulta a sítios especializados, uma vez impossibilitado o acesso aos catálogos das editoras, que os valores de mercado eram de 36% a 52% menores do que os pagos pela Secretaria, passados oito anos da contratação. O perito criminal federal revisor, Willy Hauffe Neto, esclareceu ser a metodologia empregada na perícia comum nos casos em que não é possível utilizar os meios oficiais.

AP 946 / DF

O Tribunal de Contas da União destacou, apesar de aprovadas as contas, a inexistência de pesquisas de mercado a demonstrarem a compatibilidade dos preços contratados (folha 462).

Relativamente ao superfaturamento dos contratos, constata-se, dos elementos coligidos, a autorização da acusada para majorar os acordos em 25%, totalizando sobrepreço de R\$ 790.349,30, independentemente de análise que respaldasse a celebração dos termos aditivos. A Controladoria-Geral da União manifestou-se sobre a alta incidência de aditamento dos contratos, sempre em 25% do valor original, limite máximo permitido pela lei, sem que fosse apontado dado concreto a revelar a necessidade do programa de Educação de Jovens e Adultos – EJA.

Sob o ângulo da atuação da Polícia Federal, verificou-se o sobrepreço das aquisições de livros didáticos fornecidos pela Educar Livros Comerciais e Representações e Editora Edjovem. Apurou-se que a Secretaria não negociou os preços apresentados, afirmando encontrarem-se dentro dos praticados no mercado, sem comprovação.

Em síntese, sem licitação, alegada e não demonstrada a inviabilidade da competição ante a exclusividade de fornecedores, ocorreu o desvio de dinheiro público, de que tinha posse a denunciada, ainda que mediante mera disponibilidade jurídica, em benefício das empresas Educar Livros Comércio e Representações, Gurupi Editoriais e Papéis Ltda, Editora Edjovem Ltda. e Editora Rideel Ltda., considerado o aditamento injustificado dos contratos veiculados nos processos de inexigibilidade de licitação nº 2004.2700.001748, 2003.2700.003765, 2003.2700.003811, 2003.2700.003812, 2003.2700.003813, 2003.2700.003814 e 2002.2700.003452, no percentual de 25%, mostrando-se sintomática a falta de pesquisa de preços no mercado de livros.

É pertinente o preceito do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, diploma voltado a alijar o apadrinhamento, como também a observar-se o tratamento igualitário relativamente àqueles que se disponham a contratar com a Administração Pública – gênero. Nunca é demais frisar que a licitação mostra-se princípio norteador da Administração Pública,

AP 946 / DF

consoante prevê o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

Concluo pela adequação do disposto na Lei nº 8.666/1993 e no Código Penal.

Passo à dosimetria da pena do delito descrito no artigo 89 da Lei de Licitações, em razão do piso de 3, o teto de 5 anos e a multa. A culpabilidade mostra-se maior, porque configurada postura de poder da Secretária de Educação e Cultura do Estado de Tocantins, a ponto de praticar atos não autorizados em lei. Antecedentes não há, surgindo positivas a conduta pessoal e a personalidade. As circunstâncias e as consequências do delito são graves, implicando significativo prejuízo aos cofres públicos.

Fixo a pena-base em 4 anos e a multa em 100 dias, à razão de R\$ 300,00. Não havendo atenuante ou agravante, nem causa de diminuição de pena, cabe aplicar a causa de aumento versada no artigo 84, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 – quando o autor do crime ocupa função de confiança em órgão da Administração direta –, no percentual de 1/3, chegando-se a

AP 946 / DF

5 anos e 4 meses. Torno a pena definitiva nesse patamar. Não preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, fica afastada a substituição pela restritiva de direitos.

Quanto ao crime do artigo 312 do Código Penal, considerado o concurso material – mais de uma ação –, presente o piso de 2, o teto de 12 anos e a multa, constata-se ser a culpabilidade acentuada, porquanto se exige da Chefe da Secretaria do Estado o apego à legislação de regência. Igualmente, inexistindo antecedentes, surgem favoráveis a conduta pessoal e personalidade. O prejuízo causado aos cofres públicos, na área sensível da educação, evidencia a gravidade das circunstâncias e das consequências do delito.

Imponho a pena-base em 4 anos e a multa em 100 dias, à razão de R\$ 300,00. Não havendo atenuante ou agravante, nem causa de diminuição, cabe aplicar a causa de aumento veiculada no artigo 327, § 2º, do Código Penal – quando o autor do crime é ocupante de função de direção de órgão da Administração direta –, na fração de 1/3, chegando-se a 5 anos e 4 meses. Torno a reprimenda definitiva nesse patamar. Não atendidas as exigências do artigo 44 do Código Penal, deixo de implementar a substituição pela restritiva de direitos.

Tendo em vista o descrito no artigo 69 do Código Penal, fixo a pena final, relativamente a cada qual dos crimes praticados, em 5 anos e 4 meses de detenção e 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, consoante o artigo 33, § 3º, do Código Penal.

O prazo prescricional, para ambos os crimes, é, a teor do inciso III do artigo 109 do Código Penal, de 12 anos. Os contratos firmados com as empresas ocorreram entre os meses de dezembro de 2002 a outubro de 2004. Os aditivos contratuais foram assinados entre os meses de outubro de 2003 e dezembro de 2004. A denúncia, formalizada em 30 de novembro de 2012, foi recebida, em 24 de junho de 2014 – folha 235 a 248. Não houve o transcurso dos 12 anos, presente a interrupção do prazo prescricional pelo recebimento da denúncia.

Deixo de acionar o artigo 92 do Código Penal. Em primeiro lugar, presente o disposto no inciso I, alínea "a", dele constante, em virtude de

AP 946 / DF

ter sido o crime praticado quando a ré era Secretária de Educação, estando hoje no exercício do mandato de Deputada Federal. A perda do cargo remete à prática criminosa, ao cargo ocupado na oportunidade, não cabendo a irradiação a ponto de alcançar mandato superveniente. Relativamente à alínea “b”, faço-o considerado o versado no artigo 55, § 2º, da Constituição Federal. Uma vez transitada em julgado decisão condenatória que venha a ser proferida, remetam cópia à Câmara dos Deputados para os fins previstos no citado artigo.

É como voto.

23/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, gostaria de fazer algumas abordagens muito breves antes de entrar propriamente no voto, que o farei à luz da minha ementa autoexplicativa - o voto é grande, mas a ementa é autoexplicativa.

Em primeiro lugar, Senhor Presidente, eu sempre considero, nesses delitos, uma vontade livre e consciente de fraudar os cofres públicos, por meio de manobras ardilosas, manobras ilícitas, como, por exemplo, alude-se aqui que uma empresa foi favorecida, mas não se prova, nos autos, o liame entre a pessoa que favoreceu e o favorecido, não há nenhuma comprovação disso. Alega-se eventual dano aos cofres públicos, porém, aqui o exemplo foi absolutamente preciso, porque o próprio Ministro-Relator noticiou que a perícia foi feita oito anos depois da venda do livro, que foi, *mutatis mutandis*, aquilo que afirmou aqui.

Um outro ponto, que eu sempre faço questão de destacar, é o seguinte: poucas vezes isso é analisado. O Direito Penal consagra uma figura do princípio da consunção, ou seja, como é que se praticou o peculato desvio? Por meio de que instrumento? Por meio de uma suspeita de dispensa de licitação. Então, o instrumento para a prática do ato final do peculato desvio foi a dispensa da licitação.

E isso, no meu modo de ver, por si só, se procedentes razões, levaria à consunção do delito-meio pelo delito-fim, que é o peculato desvio, e não haveria, então, aí, duas figuras típicas penais completamente diferentes, haveria absorção de uma conduta por outra, pois tudo se dá numa dinâmica dos bens e dos fatos.

Também, chama-me muita atenção, e que procede, o fato de que esta denunciada o foi em vários procedimentos no Supremo Tribunal Federal, esses vários procedimentos ou foram arquivados, ou as denúncias foram rejeitadas. Por que essa passou? Não tenho a menor ideia. Entretanto,

AP 946 / DF

acredito que isso seja uma disputa política, visto que a secretária se tornou deputada.

Por outro lado, entendo inafastável a necessidade do dolo específico, porquanto quem pratica um crime não consulta, quem pratica crime não se opõe, não debate, não requisita informações.

Desse modo, no meu modo de ver, é preciso avaliar tudo isso, até porque há uma zona fronteira com ação de improbidade. Assim, de repente, haverá até um *bis in idem* na improbidade e na criminalização da conduta.

23/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

VOTO

Ementa: AÇÃO PENAL. DIREITO PENAL. CRIMES DE DISPENSA ILÍCITA DE LICITAÇÃO E DE PECULATO (ART. 89 DA LEI 8.666/3 E ART. 312 DO CÓDIGO PENAL). AQUISIÇÃO DIRETA DE LIVROS DIDÁTICOS JUNTO A DISTRIBUIDORAS DETENTORAS DE CARTAS DE EXCLUSIVIDADE CONCEDIDAS PELAS EDITORAS RESPECTIVAS, JUNTO À CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO. ILICITUDE. AUSÊNCIA. JUSTIFICATIVA PARA ESCOLHA DAS OBRAS DIDÁTICAS. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. SELEÇÃO POR EQUIPE TÉCNICO-PEDAGÓGICA, SEM PARTICIPAÇÃO DA ACUSADA. OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. PESQUISA DE PREÇOS DE MERCADO: NÃO REALIZAÇÃO. OFÍCIOS ENVIADOS PREVIAMENTE À RÉ ASSEGURANDO QUE OS PREÇOS CORRESPONDIAM AOS PRATICADOS NO MERCADO. NÃO DEMONSTRADO DOLO DE PRATICAR O CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666/93. SOBREPREÇO. LAUDOS PERICIAIS. UTILIZAÇÃO DE DADOS DIFERENTES DOS EXISTENTES À ÉPOCA DAS COMPRAS OBJETO DA DENÚNCIA. TOMADA DE CONTAS:

AP 946 / DF

ACÓRDÃO DO TCU NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCLUSÃO CORROBORADA PELAS PROVAS DOS AUTOS. AUSENTE MATERIALIDADE DELITIVA QUANTO AO CRIME DE PECULATO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE AÇÃO DOLOSA NO SENTIDO DE BENEFICIAR AS CONTRATADAS. ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386, II E III, DO CPP.

1. O crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/93) consubstancia norma penal em branco, complementada pelos preceitos normativos dos artigos 24 e 25 do mesmo diploma legal, que regulam os pressupostos da contratação direta pela Administração Pública, sem licitação.

2. A inobservância dos critérios legais de inexigibilidade deve somar-se à vontade de frustrar indevidamente sua realização, porquanto no paradigma iniciado pela Teoria Final da Ação, não é cabível um enfoque puramente causalista, em que se impute a prática de crime tomando em vista apenas a existência de uma ação ou omissão de que resultou o dano.

3. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta: a

AP 946 / DF

vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário.

4. *In casu*, o caráter delitivo da contratação direta derivaria, segundo o Ministério Público Federal, de três circunstâncias: (i) ter-se fundado em cartas de exclusividade registradas na Câmara Brasileira do Livro, que abrangiam apenas as regiões Norte e Nordeste, e não todo o território nacional, o que indicaria que a concorrência era concretamente viável; (ii) inexistência de justificativa plausível para a escolha dos livros a serem adquiridos, das quantidades e das escolas que teriam suas necessidades supridas; (iii) não ter realizado pesquisa de preços para demonstrar que os valores praticados pelas distribuidoras contratadas correspondiam aos do mercado nacional e aos montantes pagos por outros órgãos da Administração Pública.

5. O entendimento firmado no Relatório da CGU e reproduzido pela Procuradoria-Geral da República em suas Alegações Finais, quanto à insuficiência das cartas de exclusividade apresentadas pelas Contratadas para fins de inexigibilidade de licitação, não encontra respaldo na doutrina autorizada.

6. À luz de abalizados ensinamentos da doutrina especializada, (i) a exclusividade do representante comercial, ainda que de caráter local, é apta a caracterizar a inexigibilidade de licitação, para os fins do

AP 946 / DF

art. 25, I, da Lei 8.666/93; (ii) a demonstração da exclusividade prescinde de registro em cartório ou sindicatos, podendo ser demonstrada por documentos emitidos por entidades idôneas, vinculadas ao setor de mercado em específico – como é o caso da Câmara Brasileira do Livro.

7. (i) As cartas de exclusividade apresentadas pelas distribuidoras contratadas nestes autos foram consideradas idôneas pelo Tribunal de Contas da União, no julgamento de Tomada de Contas instaurada para análise dos procedimentos *sub judice*, considerando que *“a sistemática regionalização do mercado de livros é uma realidade em nosso país. Isso é confirmado não só pelas razões de justificativa dos responsáveis, como também pela própria Câmara Brasileira do Livro – CBL, entidade de âmbito nacional, fundada em 20 de setembro de 1946, que tem como objetivo defender e difundir o livro. Em contato telefônico com o setor responsável da CBL, nos foi informado que, de fato, não é possível, ante o respeito aos acordos comerciais firmados entre editoras e distribuidores, que, mesmo numa concorrência de grande vulto, um distribuidor venha a invadir a área de outro; o que, na prática, inviabiliza a competição”* (TC 020.500/2006-4, Apenso 1, fls. 128/130), na esteira da jurisprudência da Corte de Contas, que também reconhece a exclusividade relativa como fundamento válido para a

AP 946 / DF

inexigibilidade de licitação;

(ii) é consagrado o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que decisões do Tribunal de Contas da União não vinculam o juízo criminal; não obstante, *in casu*, a conclusão da Corte de Contas encontra-se corroborada pelos elementos colhidos durante a instrução da ação penal.

8. (i) A justificativa para a escolha dos livros constitui-se matéria essencialmente circunscrita ao mérito do ato administrativo, com base em critérios técnicos avaliados por servidores especializados;

(ii) compreende-se a aquisição de material didático como situação em que não há objetividade na seleção do objeto, tendo em vista fatores intelectuais inapreciáveis objetivamente;

(iii) *In casu*, a seleção foi realizada por equipe técnico-pedagógica voltada ao atendimento do programa “Educação de Jovens e Adultos”, que destacou a “*limitação do mercado (escassez de Livros Didáticos específicos para EJA)*” e afirmou que as obras selecionadas “*tiveram sua escolha condicionada por sua inequívoca importância didático-pedagógica no que concerne à Educação Continuada e, em especial, à Capacitação dos Alunos da Educação Fundamental de Jovens e Adultos do 2º Segmento da Rede Estadual, atentando-se para as especificidades pedagógicas*”

AP 946 / DF

que são peculiares a esta modalidade de ensino”;
(iv) inexistem indícios nos autos que conduzam à conclusão de que os livros selecionados não seriam os mais adequados aos fins visados pelo Convênio da Secretaria de Educação com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação;

(v) embora os livros estivessem no almoxarifado, o Tribunal de Contas da União salientou que a situação havia se regularizado, mediante informatização para controle de entrada e saída (fls. 145, Apenso 1).

9. (i) A inexigibilidade de licitação demanda juntada de pesquisa de preços, apta a evidenciar que os preços pagos pela Administração Pública correspondem aos praticados no mercado;

(ii) *In casu*, a exclusividade das distribuidoras perante as quais os livros foram comprados, somada à afirmação, contida em ofício assinado pelos coordenadores do Programa Educação Jovem e Adulto, de que os preços cobrados pelas distribuidoras eram compatíveis com os de mercado (conforme fls. 58 do Apenso 3; fls. 62, do Apenso 4; fls. 97 do Apenso 5; fls. 40 do Apenso 6; fls. 34 do Apenso 7; fls. 99 do Apenso 8; e fls. 89 do Apenso 9), excluem a atuação dolosa da acusada; a própria Procuradoria-Geral da República afirma, em suas Alegações Finais, que *“há ofícios nos autos, expedidos para cada um dos*

AP 946 / DF

procedimentos de dispensa de licitação, da lavra de Fernando Gouveia Gondim e Adélio de Araújo Borges Júnior, remetidos à ré, informando-a da possibilidade de efetivação de licitação, sob a falsa justificativa de que ‘os preços são os mesmos praticados em nível nacional’, muito embora, ressalte-se novamente, não se tenha efetivado qualquer pesquisa de mercado”.

(iii) em todos os procedimentos narrados na denúncia – e ao contrário do que consta na exordial – a Procuradoria-Geral do Estado opinou favoravelmente à inexigibilidade de licitação, conforme se verifica no Apenso 3, fls. 63/66; Apenso 4, fls. 65/68; Apenso 5, fls. 99/102; Apenso 6, fls. 43/46; Apenso 7, fls. 36/39; Apenso 8, fls. 101/104; Apenso 9, fls. 91/92.

(iv) na maioria dos procedimentos, coube à Secretaria de Fazenda, e não à Secretaria de Educação, assinar a dispensa de licitação, através de Portarias assinadas pelo Subsecretário da Fazenda, antecedidas do parecer favorável da Procuradoria do Estado (v. Apenso 4, fls. 69; Apenso 5, fls. 103; Apenso 6, fls. 47; Apenso 7, fls. 46; Apenso 8, fls. 105; Apenso 9, fls. 96 – este último assinado pelo Secretário de Fazenda); somente no último procedimento de compra, coube à Secretaria de Educação, através da acusada, assinar a Portaria de inexigência de licitação (fls. 67 do Apenso 3), nos termos do Decreto de 02 de abril de

AP 946 / DF

2004, também com apoio em parecer favorável do Procurador-Geral do Estado para a compra via inexigibilidade de licitação (fls. 61 do Apenso 3).

(v) a conduta eventualmente culposa – caracterizada pela violação do dever de cuidado, mediante imprudência, negligência ou imperícia – não caracteriza crime; para a configuração típica da conduta, é imprescindível a demonstração de elementos que indiquem o dolo de frustrar a concorrência, beneficiando particulares de sua preferência.

10. Conclui-se no sentido da inexistência de prova da prática de fato caracterizado como crime do art. 89 da Lei 8.666/93.

11. O crime de peculato caracteriza-se, consoante uníssona classificação doutrinária, como crime material, a exigir resultado naturalístico para sua consumação, representado pela diminuição do patrimônio do poder público.

12. O peculato-desvio (art. 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal) deve envolver ato doloso do agente no sentido de gerar benefício patrimonial ilícito a terceiros, em prejuízo da Administração Pública.

13. *In casu*, o Ministério Público Federal pede a condenação da Ré pela prática do crime de peculato, acusando-a de ter adquirido livros didáticos por preços superiores aos de mercado, bem como de ter assinado aditivos de 25% em todos os

AP 946 / DF

contratos de compra direta, sem justificativa razoável e de modo padronizado.

14. (i) A alegação de que teria havido sobrepreço não se confirmou em juízo. O Tribunal de Contas da União concluiu, na esteira de parecer da Secretaria de Controle Externo, unidade técnica da Corte, que **não havia base fático-probatória para afirmar ter havido de sobrepreço** nos procedimentos de inexigibilidade de licitação (mídia juntada às fls. 462, vol. 3);

(ii) Os fundamentos do acórdão do Tribunal de Contas da União, embora não vinculem o juízo criminal, refutam, no caso, as conclusões da Polícia Federal e da CGU, que a toda evidência não merecem subsistir, à luz dos elementos constantes dos autos e do benefício da dúvida em prol do réu no julgamento de mérito;

(iii) Deveras, a configuração de sobrepreço não se confirmou, em especial se considerados os seguintes fundamentos, colhidos no curso da instrução da ação penal e confirmados por testemunhos prestados em juízo:

(a) os laudos elaborados pela Polícia Federal e a CGU não levaram em consideração os preços dos livros à época das compras narradas na denúncia, mas sim os praticados alguns anos, em sites de livrarias na internet;

(b) edições antigas de um livro, ou o lançamento de outras obras sobre o mesmo

AP 946 / DF

tema, podem levar os revendedores a reduzir os preços dos livros mais antigos, para não “encalharem” nas prateleiras;

(c) há períodos de promoções específicas junto a livrarias, especialmente na internet, e preços que muitas vezes somente estão disponíveis para aquisição de pequenas quantidades de livros, tendo em vista objetivos mercadológicos – liquidar o estoque, por exemplo;

(d) os preços livros não seguem necessariamente a lógica da inflação, havendo livros cujos preços caem com o passar dos anos, razão pela qual o parâmetro adotado pela Polícia Federal e pela CGU – preços verificados em 2006, 2008, 2010, 2011 – não é adequado para indicar que em 2002, 2003 e 2004 aqueles preços estavam superfaturados.

(iv) Consectariamente, inexistente prova **segura**, ou acima de dúvida razoável, de que os preços pagos pela Secretaria de Educação, nos processos licitatórios alvo deste processo, superavam os praticados à época dos fatos.

15. (i) O §1º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, faculta a celebração de aditamentos contratuais, sempre que acréscimos ou supressões ao quantitativo previsto no contrato se revelarem necessários;

(ii) *In casu*, a assinatura, pela Ré, de termos aditivos aos contratos de compra de livros

AP 946 / DF

didáticos fundou-se em pleitos dos coordenadores do programa de Educação de Jovens e Adultos, tendo por fim atender ao aumento da demanda;

(iii) O Tribunal de Contas da União concluiu, no julgamento da Tomada de Contas sobre os procedimentos alvo da denúncia, que *“a justificativa apresentada pela Responsável baseia-se em critérios técnicos peculiares ao EJA, como o caráter semestral das matrículas e o aumento da demanda dos alunos do 1º e 2º segmento, segundo dados oficiais do Censo Escolar do período”*;

(iv) colhe-se dos documentos juntados aos apensos que as equipes vinculadas ao programa de Educação de Jovens e Adultos solicitaram à Ré os aditivos contratuais, ao fundamento de que a demanda por matrículas apresentou aumento entre o final e o início de cada semestre letivo, tendo em vista o sucesso do programa;

(v) verifica-se, ainda, a verossimilhança da alegação de que a previsibilidade de matrículas que existe na rede regular de ensino não se aplica às escolas e projetos voltados à Educação Especial, para atendimento de pessoas que não concluíram o ensino fundamental e médio em idade escolar, como é o caso dos autos.

(vi) por fim, não há qualquer evidência nos autos que atribua à Acusada o dolo de beneficiar as mencionadas distribuidoras:

(a) s depoimentos testemunhas colhidos

AP 946 / DF

afastam vínculo pessoal entre a então Secretária de Educação e os sócios das empresas fornecedoras; (b) não há qualquer indício de acerto prévio entre a Acusada e os terceiros que supostamente teriam sido beneficiados pelos contratos públicos de compra de livros; (c) nenhuma prova existe que corrobore a suspeita de que a Acusada pretendia, efetivamente, comprar a qualquer custo os livros daquelas distribuidoras específicas, para o fim de beneficiá-las com recursos públicos desviados.

16. Consequentemente, ausente **prova segura, acima de dúvida razoável, do prejuízo patrimonial causado à Administração Pública**, não se verifica configurada a materialidade do crime definido no art. 312 do Código Penal, consubstanciado no desvio de recursos públicos em proveito das Distribuidoras dos livros adquiridos pela Seduc/TO.

17. *Ex positis*, **julgo improcedente a denúncia para absolver a Ré** quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93, por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal); e quanto ao art. 312 do Código Penal, por não haver prova da existência do fato delitivo (art. 386, II, do Código de Processo Penal).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR): Trata-se de ação penal instaurada em face da Deputada Federal Maria Auxiliadora Seabra

AP 946 / DF

Rezende, por crimes que teriam sido cometidos entre 2002 e 2004, no período em que a acusada exercia o cargo de Secretária da Educação e Cultura do Estado do Tocantins.

Nos termos da denúncia, foram praticados crimes de dispensa ilegal de licitação e peculato na aquisição de material didático para o Programa “Educação de Jovens e Adultos”, por meio de *“desclassificação de licitantes em razão de não cumprimento de exigência não prevista no edital, a contratação direta das empresas sem que fosse demonstrada a caracterização de hipótese de inexigibilidade de licitação, a aquisição de obras por preços superiores aos praticados no mercado e a celebração automática e injustificada de aditivos contratuais, configurando assim um verdadeiro modus operandi dirigido ao favorecimento de determinadas empresas e à malversação dos recursos, como constatado no Relatório de Fiscalização nº 609/2005 e no Laudo Pericial nº 091/2011-SETEC/SER/DPF/TO”* (fls. 6/7).

O sobrepreço teria atingido o montante de R\$ 772.384,40.

A denúncia foi recebida por esta Primeira Turma em 26/06/2014 (fls. 235/248, vol. 01).

A defesa interpôs embargos de declaração, providos sem efeitos modificativos (fls. 286/290, vol. 02). Na sequência, negou-se seguimento aos segundos embargos de declaração da defesa, por sua manifesta impropriedade (fls. 313/316).

A ação penal foi instruída com laudo pericial da Polícia Federal e relatório de análise da CGU, segundo os quais a Secretaria da Educação, à época comandada pela ré, adquiriu livros mediante inexigibilidade ilícita de licitação, a preços acima dos praticados no mercado.

Foram ouvidas testemunhas (fls. 394/435) e realizado o interrogatório (fls. 436/451), no qual a denunciada negou a prática criminosa, afirmando que não tinha qualquer participação nos procedimentos ou na escolha da modalidade de licitação, que transcorria na Secretaria de Fazenda, e não na Secretaria de Educação. Sustentou que a escolha dos livros constituía atribuição de uma equipe técnica, destacando os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, que participavam deste processo de seleção dos livros didáticos. Considerou

AP 946 / DF

que o cálculo do sobrepreço não seria idôneo, pois não foram considerados os preços praticados no mercado à época das aquisições, quando os livros, por serem lançamentos do ano, apresentavam preços mais altos do que no ano da elaboração do laudo pericial. Argumentou, ainda, que o Tribunal de Contas da União julgou regulares as contas relativas aos contratos mencionados na denúncia. Por fim, afirma que foi denunciada unicamente porque, à época, no cargo de Secretária da Educação, exercia a função de ordenadora de despesas, e nesta função confirmou a existência dos recursos para a aquisição dos livros didáticos, liberando o pagamento depois do procedimento de compra conduzido pela Secretaria de Fazenda.

A requerimento do Procurador-Geral da República, foram juntadas aos autos cópias do processo de tomada de contas relativo aos contratos narrados na denúncia, no qual o Tribunal de Contas da União julgou as contas regulares, com ressalvas, dando ciência à Secretaria de Educação e Cultura do fato de não ter havido pesquisas de mercado a comprovarem a compatibilidade de preços contratados (fls. 462).

Seguiram-se Alegações Finais do Ministério Público Federal, pugnando pela condenação da acusada nos termos da denúncia (fls. 477/493), e da Defesa, que pugnou pela improcedência da pretensão punitiva, por atipicidade das condutas imputadas à ré e por completa ausência de prova do alegado na denúncia (fls. 497/534).

ANÁLISE DO MÉRITO

In casu, a acusada, então Secretária de Educação de Palmas/TO, celebrou **sete contratos de compra** de livros didáticos, previamente selecionados por equipe técnica da Coordenadoria de Educação de Jovens e Adultos, no âmbito da Secretaria de Educação, mediante inexigibilidade de licitação.

A inexigência de licitação fundou-se na apresentação, pelas Distribuidoras dos livros, de cartas de exclusividade emitidas pela Câmara Brasileira do Livro, que lhes garantia a distribuição exclusiva

AP 946 / DF

daqueles livros nas regiões Norte e Nordeste.

A CGU e a Polícia Federal concluíram, em seus laudos, que as referidas cartas de exclusividade não seriam suficientes para justificar a inexigência de licitação, pois não se referiam a todo o território nacional.

Ressaltaram, ainda, que o procedimento de inexigibilidade não observou às formalidades legais, máxime por não ter demonstrado que os preços cobrados pelas distribuidoras correspondiam aos de mercado.

Concluiu-se ter havido prejuízo ao erário, tendo a Polícia Federal afirmado que R\$ 772.384,40 caracterizariam sobrepreço (referentes às quatro compras realizadas junto à empresa Educar e uma compra junto à Editora EDJovem).

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, calculou o prejuízo em R\$ 321.747,60 (fls. 135 do Apenso 1) – antes de dar provimento ao recurso da defesa para considerar insubsistente o cálculo e não comprovado o prejuízo.

O Laudo da Polícia Federal foi elaborado em 2011, portanto sete a oito anos depois dos procedimentos de compra objeto da denúncia.

Como não foi possível aos peritos obter os preços exatos de mercado praticados à época das compras realizadas pela Secretaria de Educação, o laudo se baseou em estimativas de evolução dos preços dos livros no tempo.

Nas análises técnicas realizadas, a CGU, a Polícia Federal e o Tribunal de Contas da União compararam os preços das obras adquiridas pela Seduc com os dos mesmos livros ou de livros semelhantes, verificados anos depois em *sites* de livrarias na internet.

Considerando ter havido inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais e sobrepreço, o Ministério Público Federal pede a condenação da então Secretária pela prática dos crimes de dispensa ilegal de licitação e de peculato, cujos tipos penais apresentam o seguinte teor:

Lei 8.666/93

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

AP 946 / DF

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

“Código Penal

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa”.

DA IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO SEM OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS

O crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação, definido no art. 89 da Lei 8.666/93, contém norma penal em branco, complementada pelos preceitos normativos dos artigos 24 e 25 do mesmo diploma legal.

Deveras, para verificar-se se ocorreu a prática do crime definido no art. 89, deve-se analisar se os pressupostos para a dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos nos artigos 24 e 25 foram violados pelo agente.

Além disso, na lição de Marçal Justen Filho, *verbis*:

*“Deve submeter-se a repressão penal, contemplada no âmbito das licitações, às concepções vigentes no âmbito da Teoria Geral do Direito Penal. Isso significa a **superação das concepções causalistas** e a incorporação do enfoque finalista sobre a ação penalmente reprovável. Isso equivale a negar a configuração do crime em virtude de um mero encadeamento de causa e efeito entre a conduta do sujeito e o resultado reprovável. Tal como consagrado a partir da teoria finalista, o crime apenas pode ser reconhecido quando o resultado foi (ou deveria ter sido) objeto de cogitação do agente. Justamente por isso, passou a reconhecer-se que a configuração tipológica do crime abrange não apenas a conduta propriamente objetiva, mas também um aspecto subjetivo. Ainda nos*

AP 946 / DF

casos em que houver a mera descrição legislativa de comportamentos materiais e externos, isso não afasta a pressuposição de que a tipificação compreende os aspectos subjetivos da atuação de um sujeito. Não existe, num Estado Democrático de Direito, tipo composto exclusivamente por elementos objetivos. Não é possível apontar a consumação do crime por meio da mera comparação entre o resultado material ocorrido no mundo dos fatos e a descrição contemplada na Lei. É imperioso examinar o posicionamento subjetivo do agente. Enfim, somente há o crime quando houver uma conduta reprovável, o que importa uma perspectiva subjetiva atinente à vontade do sujeito.

Bem por isso, não é suficiente a mera conduta de dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei para existir indício de crime, por exemplo. Não é cabível um enfoque puramente causalista, em que se impute a prática de crime tomando em vista apenas a existência de uma ação ou omissão de que resultou o dano. Essa é uma concepção absoluta reprovada e abandonada no Direito Penal. O resultado – ausência da necessária licitação – poderá compor um crime na medida em que o agente tinha consciência da obrigatoriedade de promover a licitação e a vontade de frustrar indevidamente sua realização.

[...]

O elemento subjetivo [do artigo 89] consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. [...] É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.

Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido de licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010,

AP 946 / DF

p. 901/904).

In casu, acusa-se a então Secretária de Educação de ter autorizado ilicitamente a compra direta de livros, previamente selecionados por equipe técnico-pedagógica.

O caráter delitivo da conduta derivaria de três circunstâncias: 1) ter-se fundado em cartas de exclusividade registradas na Câmara Brasileira do Livro, que abrangiam apenas as regiões Norte e Nordeste, e não todo o território nacional, o que indicaria a possibilidade de concorrência; 2) inexistência de justificativa plausível para a escolha dos livros a serem adquiridos, das quantidades e das escolas que teriam suas necessidades supridas; 3) não ter realizado pesquisa de preços para demonstrar que os valores praticados pelas distribuidoras contratadas correspondiam aos do mercado nacional e aos montantes pagos por outros órgãos da Administração Pública.

Quanto ao primeiro ponto, o Ministério Público Federal afirmou, em Alegações Finais, que *“não houve, no curso dos procedimentos licitatórios, a caracterização da hipótese de inexigibilidade de certame que permitisse a aquisição direta de livros didáticos. Além disso, a documentação apresentada pelas empresas Educar Livros Comércio e Representações Ltda., Gurupi Editoriais e Papéis Ltda. e Editora Rideel, para justificar a exclusividade na negociação das obras didáticas, era imprestável ao fim colimado. Inclusive, insta ressaltar que, no processo 2003.2700.003811, sequer consta declaração de exclusividade em favor da empresa Educar Livros Comércio e Representações Ltda. que justificasse a contratação direta”* (fls. 480, vol. 03).

O *Parquet* fundamenta sua conclusão no Relatório de Fiscalização da CGU (Apenso 1, fls. 82/124), que assim se posicionou sobre a matéria (fls. 89/90, Apenso 01):

“Todas as aquisições de livros, considerando o período de exame de 2002 a 2004, foram realizadas por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da emissão de cartas de exclusividade por parte das editoras detentoras dos direitos autorais das obras, corroboradas pela Câmara Brasileira do Livro.

AP 946 / DF

Conforme consta nos autos do processo 2004.2700.001749, a Coordenação de Educação de Jovens e Adultos solicitou, por meio do MEMO nº 100/2004 de 08.06.2004, a liberação de recursos no valor de R\$ 195.300,00 para a aquisição do livro Anatomia do Corpo Humano. Por meio da declaração juntada às fls. 43 do processo, a empresa Libreria Editora Ltda. que – segundo documento expedido pela Câmara Brasileira do Livro – detém a edição, publicação, distribuição e comercialização do livro em Comento, informa que a empresa Educar Livros Comércio e Representações Ltda. é distribuidora exclusiva do material durante 90 dias nas regiões Norte e Nordeste, não mencionando ser esta a única com essa exclusividade em todo o território nacional, o que, de imediato, já viabilizaria a competição e, portanto, descartaria a possibilidade legal de a administração estadual realizar a compra por inexigibilidade de licitação.

Em análise a outra licitação, constante do processo nº 2002.2700.003455, cujo objeto era a aquisição de livros destinados ao programa Educação para Jovens e Adultos – EJA, no valor total contratado de R\$ 1.132.810,00, constatamos que, através da Portaria SEFAZ nº 1.742, de 18/12/2002, foi declarada a sua inexigibilidade de licitação, com base no disposto no art. 25, I, da Lei 8.666, de 21/06/1993, baseando-se no argumento de que as obras literárias eram de edição e distribuição exclusiva das editoras relacionadas no processo citado.

[...] Ante o exposto, vislumbramos perfeitamente possível a realização do processo licitatório, vez que, iniciado o certame, ainda que inexistissem fornecedoras no Estado do Tocantins, empresas de outros estados da federação poderiam se interessar em participar da competição, o que certamente contribuiria para que a Administração pudesse obter uma proposta mais vantajosa. Importante frisar que o valor do contrato com apenas uma das empresas participantes atinge o montante de R\$ 880.100,00”.

Porém, este entendimento firmado no Relatório da CGU e reproduzido pela Procuradoria-Geral da República em suas Alegações

AP 946 / DF

Finais, quanto à invalidade das cartas de exclusividade apresentadas pelas Contratadas para fins de inexigibilidade de licitação, não encontra respaldo na doutrina autorizada.

Em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, **Marçal Justen Filho** oferece valiosa lição para a adequada interpretação da matéria, *verbis*:

“6.3.2) Existência de representante exclusivo

O caso acima referido envolve a existência de um único produto em condições de atender ao interesse supraindividual sob tutela estatal. Outra é a hipótese em que se trata de representação comercial exclusiva. Muitas vezes, as duas hipóteses podem assemelhar-se, mas são situações que não se confundem.

*No caso do representante exclusivo, a Administração se depara com **estrutura organizacional privada, em que um certo fornecedor atribui a um certo agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região.** No Brasil, existem diversos diplomas que regulam cláusulas de exclusividade. Podem lembrar-se os casos das Leis n° 4.886/65 (representação comercial), n° 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e n° 8.955/94 (franquia empresarial). Isso significa admitir, desde logo, que a questão não envolve apenas representante comercial exclusivo, mas qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.*

[...]

6.3.6) Dimensão territorial da questão

*Outra indagação se põe acerca da extensão geográfica da avaliação. **A ausência de alternativas envolve, como regra, um certo território.** Suponha-se a existência de um único médico no Município. Estaria presente o requisito da inviabilidade da competição? Como regra, não – **mas a resposta exige maior aprofundamento.***

Geralmente, estar alguém estabelecido em certo território não pode ser imposto como requisito de habilitação. Logo, nada impede que um médico oriundo de outro Município venha participar de uma licitação para ser contratado. Portanto, existir um único médico no

AP 946 / DF

Município não caracteriza inviabilidade de competição. Outro exemplo seria a constatação de que, no mercado internacional, existem diferentes fornecedores em condições de atender à necessidade estatal, enquanto no mercado interno há um único. É possível a contratação direta ou deverá adotar-se licitação internacional? A resposta depende das circunstâncias.

Deve-se avaliar a situação jurídica dos possíveis competidores em face do local em que se desenvolve a licitação. Se em São Paulo existem diferentes competidores, mas há cláusula de exclusividade para uma empresa única comercializar produtos em Brasília, local em que se realizará a contratação, o caso é de inexigibilidade. O fundamental consiste na existência de vedação jurídica à disputa da contratação por parte de outrem.

Outra é a hipótese quando não há vedação a que terceiros, estabelecidos em outros locais (no Brasil ou no estrangeiro), venham disputar a contratação. Como proceder se a ausência de pluralidade é meramente geográfica? Não há solução legislativa e seria um contrassenso obrigar um Município do interior de Pernambuco a licitar, havendo um único fornecedor na cidade, somente porque em São Paulo há diversos particulares em condições de realizar o fornecimento. Essa seria uma solução desarrazoada.

[...]

6.6) O problema do atestado

A interpretação formalista do inc. I tem conduzido a reputar indispensável um atestado fornecido pelo órgão de Registro Público de Empresas Mercantis ou por Sindicato, Federação ou Confederação Patronal. Ora, o legislador incorreu em extrema infelicidade, ao adotar a solução ora examinada. Aplicar o dispositivo segundo uma interpretação literal apenas agrava o problema.

É que não incumbe ao Registro Público de Empresas Mercantis controlar a existência de exclusividade de representantes. Não há nem obrigatoriedade de arquivamento dos instrumentos contratuais em face do Registro Público de Empresas Mercantis. Por outro lado, essa questão não

AP 946 / DF

apresenta qualquer pertinência aos órgãos sindicais. Logo, trata-se de formalidade destituída de qualquer seriedade, inútil para a Administração Pública.

O resultado prático tem sido a apresentação pelos interessados de “cartas d exclusividade” ao órgão do Registro Público de Empresas Mercantis, o qual emite um “atestado” – que nada mais acrescenta, senão a afirmação de que lhe foi apresentada dita carta. Trata-se de uma espécie de “atestado de existência” de uma carta de exclusividade. Isso é totalmente inútil, eis que não assegura certeza acerca do conteúdo da carta. Ou seja, não atribui à Administração nenhuma informação acerca do conteúdo do documento, mas apenas de sua existência material.

De todo o modo, o inc. I refere-se a “entidades equivalentes”. Deve interpretar-se o dispositivo como indicando instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado. A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro Público de Empresas Mercantis e sem natureza sindical” (Justen Filho, 2010, p. 362/366).

Assim, à luz destes abalizados entendimentos da literatura especializada, a exclusividade do representante comercial pode ter caráter local, para fins de inexigibilidade de licitação. Além disso, a demonstração da exclusividade prescinde de registro em cartório ou sindicatos, podendo ser demonstrada por documentos emitidos por entidades idôneas, vinculadas ao setor de mercado em específico – como é o caso da Câmara Brasileira do Livro.

Não é por outro motivo que, na análise das contas referentes aos procedimentos objeto da denúncia, o Tribunal de Contas da União concluiu no sentido da **ausência de ilegalidade** da inexigibilidade de licitação **fundada nas cartas de exclusividade constantes dos autos**, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão na Tomada de Contas Especial – TC 020.500/2006-4, juntado ao Apenso 1 (fls. 128/130):

AP 946 / DF

“5. Aquisição direta de livros didáticos

5.1. descrição do achado

5.1.1. o Relatório de Inspeção da Secex/TO informa que as aquisições de livros didáticos destinados à educação de jovens e adultos, realizadas no período abrangido pela fiscalização, foram invariavelmente contratadas mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, I, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Os referidos procedimentos de inexigibilidade são precedidos de parecer emitido por uma equipe técnica constituída de servidores integrantes da Coordenadoria de Educação de Jovens e Adultos, incumbida do exame, avaliação e seleção dos livros objeto de aquisição, segundo critérios ditos eminentemente técnicos e especificações didático-pedagógicas voltada para a educação própria do programa.

5.1.2. em face da contratação com fornecedor declarado exclusivo, a Procuradoria Administrativa, com a anuência da Procuradoria-Geral do Estado do Tocantins, manifestou-se favoravelmente à inexigibilidade de licitação, ressaltando a responsabilidade pelos danos causados ao erário na hipótese de comprovado o superfaturamento de preços.

5.1.3. em seguida, são citadas várias portarias que ratificaram a inexigibilidade de licitação, expedidas pelo ex-Secretário de Fazenda do Tocantins – João Carlos da Costa; pelo então Subsecretário da Fazenda – Marcelo Olímpio Carneiro; e pela ex-Secretária da Educação e Cultura – Maria Auxiliadora Seabra, respectivamente nos anos de 2002, 2003 e 2004.

5.1.4. são apresentados, ainda, os conceitos de exclusividade absoluta e relativa. A primeira ocorre quando só a editora publica e ela própria comercializa determinado título no país, ou, ainda, quando a editora só publica o livro e contrata uma única empresa ou representante para comercializá-lo em todo o território nacional. Espécie rara, a exclusividade absoluta induz à inexigibilidade de licitação, ante a ausência de competição ou impossibilidade de confrontar ofertas. Já a exclusividade relativa acontece quando a própria editora publica e comercializa, ou não, além de contratar distribuidoras nas diversas praças do país, com a finalidade de

AP 946 / DF

comercializarem seus títulos. A exclusividade relativa é o modelo adotado no mercado de livros e não autoriza a inexigibilidade de licitação, visto que se torna viável estabelecer a competição entre as diversas empresas ou representantes comerciais exclusivos no país, inclusive a própria editora.

5.1.5. há, também, uma explanação sobre o entendimento doutrinário que estabelece que a exclusividade comercial é função do valor a ser contratado, conforme lição de Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini; este último, in verbis: Assim, se o montante do ajuste é de convite, a exclusividade do produtor é na localidade em que se realiza a licitação. Se o valor contratado é de tomada de preços, a exclusividade é no registro cadastral. Se o vulto do contrato corresponde à concorrência, a exclusividade é no país.

5.1.6. por fim, afirma-se que as aquisições diretas processadas em cada exercício (2002, 2003 e 2004) ultrapassaram sobejamente o limite da modalidade de concorrência, fato que obrigaria à Administração instaurar os competentes processos de licitação, vez que os fornecedores convocados não detinham a condição de exclusivos no território nacional, o que tornaria viável e imperioso o procedimento licitatório. Entretanto, continua, a Administração da Seduc/TO, agindo contrariamente à norma, contratou diretamente com as empresas Educar Livros Comércio e Representações Ltda. e Gurupi Editoriais e Papeis Ltda., as importâncias respectivas de R\$ 3.007.255,50 e R\$ 1.964.160,00, equivalente a 51,75% e 33,80% dos recursos irregularmente despendidos, em detrimento dos demais fornecedores de livros do país, ferindo frontalmente os princípios da isonomia, da competitividade e da proposta mais vantajosa.

5.2. razões de justificativa:

Ofícios de Audiência n^{os} 765, 434, 768/2008-TCU/Secex-TO; fls. 207/214, v.p., vol. 1.

Responsáveis: Maria Auxiliadora Seabra Rezende, Adélio de Araújo Borges Júnior e Fernando Gouveia Gondim.

Ofício de Resposta: fls. 323/325, v.p., vol. 1 (resposta conjunta)

5.2.1. os responsáveis supra iniciam sua defesa alegando que a prática da aquisição direta para compra de bens ou serviços (por meio de dispensa ou inexigibilidade) não é, por si só, ensejadora de

AP 946 / DF

quaisquer máculas de irregularidade e/ou de ilegalidade aos procedimentos, visto que a Lei 8.666, de 1993, elenca um rol de excepcionalidades à regra de licitar, rol este que, inclusive, no que se refere ao art. 25, não são numerus clausus.

5.2.2. continuam suas alegações afirmando que nas aquisições questionadas por esta Corte de Contas, fica cristalina a regularidade dos procedimentos adotados, já que a aquisição direta de livros (via inexigibilidade de licitação) é perfeitamente justificável pelas situações postas pela concretude dos fatos, visto que a análise técnica realizada para a escolha das obras mais adequadas à especificidade do atendimento impôs a indubitável inviabilidade de competição, haja vista tratar-se de livros didáticos fornecidos por empresas exclusivas.

5.2.3. na sequência, elencam os seguintes fundamentos para a contratação direta:

5.2.3.1. o art. 25, I, da Lei 8.666, de 1993, com o comentário de que: 'trata-se, in casu, de competição inviável, ou seja, licitação impossível, inexigível. É inexigível porque impossível. É impossível porque não há como promover a competição'.

5.2.3.2. a inexistência de pluralidade de opções disponíveis, tendo em vista que 'um criterioso processo de escolha técnica definiu quais seriam as obras bibliográficas mais adequadas ao pleno atendimento dos interesses pedagógico-educativos envolvidos, conforme se depreende dos competentes Pareceres Técnico-Pedagógicos emitidos pelas Comissões Técnicas nomeadas pelas Portarias-Seduc 3883/03 e 5593/03 (anexo III), pareceres estes que estribam todos os pedidos de aquisição constantes dos processos analisados pelo TCU'.

5.2.3.3. uma citação de Toshio Mukai, trazendo que: 'a competição será impossível quando inexistir pluralidade de particulares aptos a fornecerem produtos e serviços e/ou quando inexistirem produtos ou serviços diversos e inconfundíveis aptos a satisfazerem, de modo equivalente, os interesses públicos', e outra de Anderson Rosa Vaz, apontando na mesma linha de pensamento.

5.2.4. por fim, colocam que: 'em todos os processos em que o TCU, inadvertidamente, aduz ser imprópria a contratação direta, há

AP 946 / DF

comprovação documental farta e inequívoca da inexistência de opção, tanto no que se refere ao título escolhido (cuja pertinência pedagógica se mostrou singular) como também no que tange à empresa fornecedora, cuja exclusividade de editoração e/ou de distribuição restou provada (conforme adiante mencionado), o que afasta, destarte, a exigência (e mesmo a possibilidade) de se realizar certame licitatório’.

5.3. análise

5.3.1. não obstante existir posição doutrinária defendendo a possibilidade de se realizar licitação, mesmo diante de exclusividade relativa de fornecedor, com base no valor a ser contratado, não parece ser este o caso para o mercado de livros. De fato, a sistemática regionalização do mercado de livros é uma realidade em nosso país. Isso é confirmado não só pelas razões de justificativa dos responsáveis, como também pela própria Câmara Brasileira do Livro – CBL, entidade de âmbito nacional, fundada em 20 de setembro de 1946, que tem como objetivo defender e difundir o livro. Em contato telefônico com o setor responsável da CBL, nos foi informado que, de fato, não é possível, ante o respeito aos acordos comerciais firmados entre editoras e distribuidores, que, mesmo numa concorrência de grande vulto, um distribuidor venha a invadir a área de outro; o que, na prática, inviabiliza a competição.

5.3.2. ademais, a própria jurisprudência do TCU já reconheceu que a exclusividade relativa é fundamento para a inexigibilidade de licitação, conforme trecho do Acórdão 095/2007-TCU-Plenário:

‘Em relação ao direcionamento da compra às contratadas, vê-se que esse decorreu do fato de essas serem as representantes exclusivas (temporárias) instituídas pelos laboratórios. Forçoso admitir que a decisão de conceder exclusividade às contratadas era privativa dos laboratórios, refugindo à apreciação do TCU, ainda que essa possa não ter sido a solução que melhor preços tenha trazido à Administração. Essa matéria parece estar aís afeta à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

AP 946 / DF

Assim, não obstante o número exagerado de contratações em que não se exigiu a licitação, data vênua do excelente trabalho da unidade técnica, não parece seguro afirmar que, no caso específico tratado nestes autos, tenham sido indevidas as adoções das inexigibilidades dos certames.

A uma, porque as empresas de fato detinham a exclusividade na representação dos laboratórios, ainda que limitada, isto é, pelo menos em relação aos certames discutidos nos autos. A duas, porque se tratavam de medicamentos que somente poderiam ser ofertados por único fornecedor (lembrando que os laboratórios são fabricantes e distribuidores exclusivos no território nacional dos medicamentos adquiridos.

*(...) Feitas essas considerações, posiciono-me, como já dito, em conformidade com o Ministério Público junto ao TCU no sentido de, com base no que consta nos autos, considerar **legais as contratações diretas realizadas**".*

5.3.3 assim, cabe razão aos responsáveis em relação às aquisições de livros didáticos destinados à educação de jovens e adultos por meio de processo de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 25, I, da Lei Federal de Licitações e Contratos, uma vez que se trata de fornecedores exclusivos na região dos livros objeto das aquisições, o que impediria outra empresa de entrar numa possível concorrência".

Nestes termos, à luz da doutrina especializada, e do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União no julgamento da Tomada de Contas instaurada no caso concreto, **considero que a inexigibilidade de licitação encontrou apoio, in casu, no art. 25, I, da Lei 8.666/93, que prevê, verbis:**

"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

*I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que **só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido*

AP 946 / DF

pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes”.

Ainda para fins de caracterizar a prática criminosa do art. 89 da Lei de Licitações, o Ministério Público Federal sustentou que foram inobservadas outras formalidades legais, atinentes à ausência de justificativa quanto à necessidade de compra dos livros selecionados e à ausência de pesquisa do preço de mercado das obras didáticas adquiridas.

No que tange à necessidade da compra dos livros, o *Parquet* afirma o seguinte, nas Alegações Finais (fls. 480/481):

“Por outro lado, a fundamentação realizada para justificar as aquisições foi efetivada de forma padronizada e, segundo a Controladoria-Geral da União, ‘a Secretaria de Educação do Estado de Tocantins não foi capaz de demonstrar ‘a metodologia utilizada pela Coordenação [do Programa ‘Educação de Jovens e Adultos’] para a determinação de quais livros seriam adquiridos, em que quantidade e quais escolas teriam suas necessidades supridas’, constatando-se a ‘inexistência de justificativa plausível para a escolha dos livros a serem adquiridos’ (fls. 7).

Com base em todos esses elementos de prova, verifica-se a inequívoca intenção da ré e de seus auxiliares de aprovar, a todo custo, a compra de livros didáticos das empresas Educar Livros Comércio e Representações Ltda., Gurupi Editoriais e Papéis Ltda., Editora EDJovem Ltda. e Editora Rideel.

[...] a documentação que justificava a compra de tais livros foi elaborada de forma padronizada, não havendo, assim, fundamentos consistentes para a aquisição exatamente daqueles livros didáticos”.

Inicialmente, cumpre destacar que a escolha dos livros ideais para alcançar os objetivos do Programa “Educação de Jovens e Adultos” é matéria essencialmente circunscrita ao mérito do ato administrativo. *In casu*, todos os livros foram escolhidos por uma Equipe Técnico-

AP 946 / DF

Pedagógica, depois de análise do conteúdo dos materiais existentes.

A aquisição dos livros se incluía entre as ações previstas e aprovadas no Convênio nº 816323/2004, celebrado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e o Estado do Tocantins, representado pela SEDUC, e cujo objeto era *“a assistência financeira direcionada à execução de ações, em conformidade com o Plano de Trabalho aprovado, visando a melhoria da qualidade do ensino oferecido aos alunos da EDUCAÇÃO ESPECIAL”* (fls. 75 do Apenso 2). Previa, ainda, a Cláusula Segunda do Convênio, que *“As ações aprovadas deste convênio são: **material didático**, adaptação de escolas e capacitação de professores/profissionais”*.

A seleção dos livros que deveriam ser adquiridos para consecução do objeto do Convênio foi precedida da constituição de Comissões *“de análise, avaliação e consolidação do processo de escolha das coleções finais para aquisição do livro didático adequado à Educação de Jovens e Adultos do Ensino Fundamental – I e II Segmentos”* (v. fls. 03 do Apenso 03).

Na sequência, consta Parecer da Comissão *“ressaltando os pontos positivos e negativos das quatro coleções finais”* (fls. 04/06 do Apenso 03), destacando a *“limitação do mercado (escassez de Livros Didáticos específicos para EJA)”* e concluindo que *“o material relacionado vem ao encontro das necessidades do processo de ensino-aprendizagem, na medida em que oportuniza a leitura compartilhada, o trabalho conjunto, a reflexão solidária, a parceria construtiva, além de favorecer e intensificar o prazer pela construção coletiva do conhecimento”*.

No procedimento juntado ao Apenso 04, também foi designada uma equipe técnica (fls. 05), composta por membros distintos do processo anteriormente citado, e seguindo-se um Parecer Técnico-Pedagógico, em que se destacou que os livros escolhidos *“tiveram sua escolha condicionada por sua inequívoca importância didático-pedagógica no que concerne à Educação Continuada e, em especial, à Capacitação dos Alunos da Educação Fundamental de Jovens e Adultos do 2º Segmento da Rede Estadual, atentando-se para as especificidades pedagógicas que são peculiares a esta modalidade de ensino”* (fls. 06).

Nos apensos 05, 06, 07 e 08, o procedimento é idêntico e os

AP 946 / DF

fundamentos da escolha são semelhantes, ou seja: a aquisição foi precedida da seleção das obras por uma equipe técnica especializada, que as considerou adequadas aos objetivos do Programa de Educação de Jovens e Adultos.

O fato de terem sido utilizados termos e fundamentos semelhantes nos pareceres técnicos dos procedimentos narrados na denúncia não traduz, em si, ilicitude, inexistindo motivos para concluir que os livros selecionados não se adequavam aos fins visados pelo Convênio.

Adicionalmente, é mister considerar que a escolha do melhor material didático escapa a critérios estritamente objetivos sobre os quais o Poder Judiciário possa exercer controle jurisdicional. Neste sentido, destaco, ainda uma vez, a lição de Marçal Justen Filho, que destaca a ausência de objetividade na seleção do objeto como a situação em que *“É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis. Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor”* (Justen Filho, 2010, p. 358).

Nestas situações, a Lei de Licitações limita a subjetividade proibindo, por exemplo, a simples **preferência por marcas**, o que não ocorreu no caso concreto.

Ainda nesse aspecto da irregularidade formal narrada pelo *Parquet*, noto que a CGU efetivamente afirmou, em sua fiscalização, ter constatado precariedade no controle de estoque dos livros adquiridos, considerando que *“O material é recebido e estocado; as saídas do material são feitas através de guias de remessa de material; a única forma de se saber quanto há no estoque é realizando a contagem do material”* (fls. 90 do Apenso 1).

Porém, é importante destacar que o Tribunal de Contas da União, na Tomada de Contas que realizou no caso *sub judice*, concluiu ter havido a devida adequação desses controles, *verbis* (Apenso 1, fls. 144):

AP 946 / DF

“11. Deficiência no controle de movimentação de estoques

[...] considerando que, atualmente, o almoxarifado da Seduc/TO encontra-se informatizado, conforme informação prestada via contato telefônico, e que uma determinação versando sobre o modus operandi do controle dos estoques do órgão poderia ensejar uma ingerência na esfera estadual, cabe um alerta à Secretaria de Educação e Cultura do Tocantins para que observe seus procedimentos de gestão de estoques, a fim de prevenir possíveis danos ao erário” (fls. 145, Apenso 1).

Ademais, apesar de considerar o controle precário, a própria CGU assegurou, após a contagem das caixas, que “todo o material havia sido entregue” (fls. 90 do Apenso 1).

Por fim, quanto à última irregularidade que caracterizaria a prática delitativa, o Procurador-Geral da República requer a condenação da Ré pela prática do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, por ter autorizado a compra dos livros sem apresentar pesquisa de preços de mercado das obras adquiridas.

Quanto a este tema, é relevante destacar que a Ré, antes de enviar o procedimento de inexigibilidade à PGE, recebera ofícios assinados pelos coordenadores do Programa Educação Jovem e Adulto, que garantiam que os preços cobrados pelas distribuidoras contratadas eram compatíveis com os de mercado.

Embora não haja nos autos documentos que comprovem ter havido a referida pesquisa de preços, à época das aquisições, a própria Procuradoria-Geral da República afirma, em suas Alegações Finais, que *“há ofícios nos autos, expedidos para cada um dos procedimentos de dispensa de licitação, da lavra de Fernando Gouveia Gondim e Adélio de Araújo Borges Júnior, remetidos à ré, informando-a da possibilidade de efetivação de licitação, sob a falsa justificativa de que ‘os preços são os mesmos praticados em nível nacional’, muito embora, ressalte-se novamente, não se tenha efetivado qualquer pesquisa de mercado”* (fls. 482 – destaque-se que há erro material neste trecho da manifestação do Ministério Público, pois onde constou *“impossibilidade”* deveria ter constado *“possibilidade”* – conforme fls. 58 do Apenso 3; fls. 62, do Apenso 4; fls. 97 do Apenso 5; fls. 40 do Apenso 6;

AP 946 / DF

fls. 34 do Apenso 7; fls. 99 do Apenso 8; e fls. 89 do Apenso 9).

Por conseguinte, percebe-se que a acusada agiu com fundamento **nas afirmações de que os preços eram compatíveis com os de mercado.**

Se há possibilidade de ter havido **inobservância do dever de cuidado**, por parte da Acusada, na conferência dos documentos dos autos quanto à pesquisa de preços, este fato não conduz ao enquadramento criminal da conduta.

Deveras, para consumação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, não basta a conduta culposa – caracterizada pela violação do dever de cuidado, mediante imprudência, negligência ou imperícia. É preciso que esteja caracterizado o dolo da conduta: não apenas uma inépcia da acusada, mas também a **vontade de frustrar a concorrência, beneficiando particulares de sua preferência.**

In casu, o elemento subjetivo do tipo não está demonstrado, inexistindo evidência de que a Ré tenha agido no sentido de beneficiar as distribuidoras contratadas, mediante inexigência de licitação, ou de comprar livros por preços acima dos verificados, à época, no mercado.

As provas juntadas aos autos, tanto as documentais quanto as testemunhais, afastam qualquer interferência da acusada na escolha dos livros que seriam adquiridos para o desenvolvimento do Programa “Educação de Jovens e Adultos”, a qual coube a uma equipe técnica formada por pedagogos, que analisaram o material existente e selecionaram as obras que atenderiam aos alunos da rede estadual de ensino.

Não há prova alguma de que a Ré tenha solicitado preferência para livros, editoras ou distribuidoras específicas.

De mais a mais, a PGE opinou favoravelmente à inexigibilidade de licitação em todos os processos objeto da denúncia (v. Apenso 3, fls. 63/66; Apenso 4, fls. 65/68; Apenso 5, fls. 99/102; Apenso 6, fls. 43/46; Apenso 7, fls. 36/39; Apenso 8, fls. 101/104; Apenso 9, fls. 91/92).

Adicionalmente, constato que a inexigibilidade, em quase todos os procedimentos, sequer foi decidida pela Acusada, mas sim pela Secretaria de Fazenda, em Portarias assinadas pelo Subsecretário da Fazenda, em

AP 946 / DF

seguida ao parecer favorável da PGE (Apenso 4, fls. 69; Apenso 5, fls. 103; Apenso 6, fls. 47; Apenso 7, fls. 46; Apenso 8, fls. 105; Apenso 9, fls. 96 – este último assinado pelo Secretário de Fazenda). Somente no último processo de compra direta, foi a própria Acusada quem assinou a Portaria de inexigência de licitação (fls. 67 do Apenso 3), nos termos do Decreto de 02 de abril de 2004, depois da autorização do Procurador-Geral do Estado para a compra via inexigibilidade de licitação (fls. 61 do Apenso 3).

Saliente-se que o então Procurador-Geral do Estado, ouvido na qualidade de testemunha nos autos desta ação penal, refutou a afirmação contida nas Alegações Finais do Ministério Público Federal, de que a Procuradoria não queria autorizar as compras diretas. Afirmou a testemunha:

“TESTEMUNHA – Nunca, nunca, nunca a Procuradoria foi pressionada pela Professora Dorinha para direcionar qualquer parecer. Nunca houve essa pressão. Eu fui Procurador-Geral nessa época, ela nunca me deu um telefonema sequer, pedindo alguma coisa. Aliás, a gente tinha a Professora Dorinha, a imagem dela, que era uma professora universitária concursada da Unitins e tinha... gozava de um grande conceito do pessoal. Inclusive os políticos, Deputados, reclamavam que ela não atendida pedido político. Tinha esse comentário a respeito dela. Para mim, ela nunca fez telefonema nenhum a respeito disso e nem os procuradores de análise desse processo. Nunca que eu soube de qualquer ingerência por parte da Secretária” (fls. 430, vol. 03).

Ex positis, não vislumbro prática dolosa do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, pela Ré, o que impossibilita a condenação, haja vista a ausência de previsão de conduta culposa para a consumação do referido tipo penal.

DA IMPUTAÇÃO DE CRIME DE PECULATO

O Ministério Público Federal pede a condenação da Ré pela prática

AP 946 / DF

do crime de peculato, por ter adquirido livros didáticos por preços superiores aos de mercado, bem como por ter autorizado, sem justificativa razoável, aditivos de 25% em todos os contratos, de modo padronizado.

Na dogmática penal inaugurada pelo paradigma da Teoria Final da Ação, não se admite mera atribuição causal, a um agente, de um resultado em tese danoso. Exige-se que o agente tenha agido com dolo de produzir aquele resultado.

No caso do crime de peculato narrado na denúncia, imputa-se à ré a prática do delito na modalidade **desvio, em benefício de terceiros**.

Consequentemente, para configurar-se a prática do crime, é preciso verificar se a acusada agiu com dolo de gerar benefício patrimonial indevido às distribuidoras junto às quais foram adquiridos os livros didáticos.

Simultaneamente, por se tratar, na classificação doutrinária, de crime **material**, o peculato exige “*resultado naturalístico para sua consumação, representado pela diminuição do patrimônio do poder público*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 5. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 18).

Por conseguinte, para a análise do mérito, deve-se averiguar se há prova segura da materialidade delitiva – ou seja, do prejuízo material sofrido pela Administração Pública; e se há prova da autoria – ação dolosa da Acusada no sentido de desviar recursos públicos em benefício das distribuidoras que forneceram os livros à Secretaria de Educação.

Passo à análise da materialidade delitiva.

No julgamento de recurso interposto pela defesa da Ré, o Tribunal de Contas da União, seguindo parecer da própria unidade técnica da Corte (Secex), concluiu que **não havia base fático-probatória para afirmar ter havido de sobrepreço** nos procedimentos de inexigibilidade de licitação *sub judice*. Transcrevo trecho da fundamentação do acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, *in verbis* (mídia juntada às fls. 462, vol. 3):

“3. Nesta fase, após exame das razões recursais, a Secretaria de Recursos concluiu, em uníssono e com a anuência do MP/TCU, pelo

AP 946 / DF

acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelas empresas Educar Livros e Tocantins Distribuidora, bem como por acolher parcialmente os recursos interpostos por João Carlos da Costa, Marcelo Olímpio Carneiro Tavares e Maria Auxiliadora Seabra Rezende, para afastar-lhes a imputação de débito e reduzir a multa que lhes foi aplicada.

4. A unidade técnica propõe a desconstituição do débito, acolhendo os argumentos trazidos pelos recorrentes, de que o preço paradigma utilizado pelo TCU foi impróprio e não refletia o comportamento peculiar do mercado de livros didáticos à época da aquisição. Em síntese, não foram considerados valores adicionais como frete, custos administrativos, estocagem, impostos, entre outros. Ademais, segundo os concorrentes, **o ambiente de comércio virtual, no qual a unidade Secex/TO fez a cotação, é distinto do comércio praticado pela Administração Pública, sobretudo após 2006, momento em que as compras via internet ganharam força e credibilidade.**

5. No mesmo sentido dos pareceres uniformes constantes dos autos, entendo que assiste razão à Serur ao questionar a justeza do preço paradigma, visto que não trazem semelhanças suficientes com a aquisição feita pela Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Tocantins. Assim, entendo que restou comprometida a comparação entre os referidos valores, devendo o débito, de fato, ser afastado".

Como bem salientado pelo *Parquet*, decisões do Tribunal de Contas da União não possuem repercussão direta e obrigatória na esfera penal.

De toda sorte, da leitura dos documentos constantes dos autos, associada ao conteúdo dos laudos da Polícia Federal e da CGU, impede que se chegue a conclusão distinta da que chegou a Corte de Contas.

Deveras, há dúvida razoável quanto à configuração de sobrepreço na aquisição dos livros didáticos, considerados os seguintes fundamentos:

1) a Polícia Federal e a CGU não levaram em consideração os preços dos livros à época das compras narradas na denúncia, mas sim os

AP 946 / DF

praticados alguns anos, em *sites* de livrarias na internet;

2) edições antigas de um livro, ou o lançamento de outras obras sobre o mesmo tema, podem levar os revendedores a reduzir os preços dos livros mais antigos, para não “encalharem” nas prateleiras;

3) há períodos de promoções específicas junto a livrarias, especialmente na *internet*, e preços que muitas vezes somente estão disponíveis para aquisição de pequenas quantidades de livros, tendo em vista objetivos mercadológicos – liquidar o estoque, por exemplo;

4) os preços livros não seguem necessariamente a lógica da inflação, havendo livros cujos preços caem com o passar dos anos, razão pela qual o parâmetro adotado pela Polícia Federal e pela CGU – preços verificados em 2006, 2008, 2010, 2011 – não é adequado para indicar que em 2002, 2003 e 2004 aqueles preços estavam superfaturados.

É certo, como afirmado pelo Tribunal de Contas da União no acórdão originariamente proferido (Apenso 1), que a compra de livros diretamente com o distribuidor, assim como a economia de escala (compras volumosas), são fatores que normalmente conduzem à concessão de descontos mais substanciais ao comprador do que, por exemplo, as compras no varejo, junto a livrarias.

Porém, não há prova **segura** ou acima de dúvida razoável de que os preços pagos pela Seduc foram efetivamente superiores aos praticados no mercado à época.

Em relação aos termos aditivos dos contratos, que o Ministério Público Federal considerou terem sido firmados “*sem justificativa plausível*”, verifico que o Tribunal de Contas da União concluiu haver justificativa para todos os casos, *verbis* (fls. 142/143, Apenso 01):

“9. Aditamentos contratuais como regra

9.1. descrição do achado:

9.1.1. o Relatório de Inspeção do TCU consigna que as contratações diretas por inexigibilidade de licitação, com exceção do Processo nº 0497/2004, foram rotineiramente aditadas em valores próximos ou iguais a 25% dos contratos principais, totalizando a quantia de R\$ 2.000.775,00.

AP 946 / DF

9.1.2. *esses aditamentos ocorrem antes, ou logo após, da liquidação e pagamento dos contratos principais, sob justificativa de reserva técnica para atender à demanda das matrículas ou suprimento das necessidades atuais e futuras com os educandos do Projeto Recomeço. É destacado o caso do Contrato nº 110/2003, firmado com a Editora Edjovem Ltda., em 21/01/2004, o qual teve seu Termo Aditivo celebrado na mesma data (Processo nº 3813/2003, Anexo 13, fls. 20/23 e 34/35).*

9.1.3. *o Relatório conclui o achado afirmando que o estatuto das licitações e contratos administrativos prevê a faculdade legal de alteração unilateral dos contratos para acréscimos ou supressões, desde que apresentadas as devidas justificativas,. Todavia, a Seduc/TO, sem adequada motivação e sem caracterização da natureza superveniente dos fatos ensejadores das alterações, em relação ao momento da contratação, transmudou a faculdade em regra, inobservando o disposto no artigo 65, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/1993.*

9.2. *razões de Justificativa:*

Ofício de Audiência nº 770/2008-TCU/Secex-TO; fl. 215, v.p., vol. 1.

Responsável: Maria Auxiliadora Seabra Rezende

Ofício de Resposta: fls. 334/335, v.p., vol. 1

9.2.1. *a responsável inicia sua justificativa afirmando que sobre o tema aditamento contratual a legislação pátria não estabelece o que é regra e nem tampouco o que viria a ser exceção, pois o §1º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, faculta esta possibilidade sempre que se fizer necessário estabelecer acréscimos ou supressões ao quantitativo previsto no contrato, razão pela qual qualquer ilação acerca de tais conceitos culmina por enveredar pelo temerário caminho da subjetividade, que pode induzir à formulação de juízo de valor imotivado e equivocado.*

9.2.2. *continua afirmando que: ‘a única ‘regra’ estabelecida legalmente como parâmetro é a efetiva necessidade de se alterar o quantitativo contratado (o que deve ser analisado sob o viés do interesse público), regra essa, aliás, a que a Seduc nunca se furtou na execução do programa em comento, já que a programação das*

AP 946 / DF

aquisições de livros didáticos e os eventuais aditamentos contratuais ocorreram sempre estribados na demanda efetiva, levantada pela estimativa de matrículas.

9.2.3. aduz, ainda, que: o que pode ter provocado alguma distorção é o caráter peculiar das matrículas na Educação de Jovens e Adultos – EJA, pois diferentemente da prática usual, as matrículas nesta modalidade são de caráter semestral, ou seja, enquanto o registro do número de alunos no censo escolar do Inep/MEC é anual (uma vez/ano), as matrículas da EJA são semestrais (duas vezes/ano), o que altera significativamente o quantitativo de alunos, dificultando sobremaneira prever com razoável exatidão o quantitativo de matrículas que se espera para o semestre seguinte.

9.2.4. conclui alegando que: Sobre os aditamentos que culminaram no acréscimo legal de 25% dos quantitativos de livros, cabe dizer que eles se deram em razão do notório aumento de demanda dos alunos do 1º e 2º segmentos da modalidade Educação de Jovens e Adultos, aumento este devidamente comprovado pelos dados oficiais do Censo Escolar do período (utilizados pelo MEC/FNDE como indicador da disponibilização de recursos para a aquisição dos Livros Didáticos), ou seja, os aditamentos são perfeitamente plausíveis à luz do art. 65 §1º da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

9.3. análise:

9.3.1. não obstante ser atípico o aditivo realizado na mesma data da celebração do contrato, conforme relatado no item 9.1.2, a justificativa apresentada pela Responsável baseia-se em critérios técnicos peculiares ao EJA, como o caráter semestral das matrículas e o aumento da demanda dos alunos do 1º e 2º segmento, segundo dados oficiais do Censo Escolar do período.

9.3.2. assim, merecem ser acolhidas as razões de justificativa da responsável Maria Auxiliadora Seabra Rezende relativamente aos aditamentos contratuais realizados”.

Conforme ressaltado anteriormente, a conclusão do Tribunal de Contas da União não vincula a análise da matéria no âmbito da ação

AP 946 / DF

penal.

De toda sorte, os elementos colhidos ao longo da instrução desta Ação Penal corroboram a conclusão da Corte de Contas.

In casu, o Ministério Público Federal não apresentou provas suficientes para refutar os dados que indicam aumento de matrículas, a justificar a celebração dos Termos Aditivos questionados na denúncia.

De fato, as equipes do Programa Educação de Jovens e Adultos formularam à Ré pedidos de acréscimos nos quantitativos de livros que seriam adquiridos, tendo por fim atender ao fluxo de novos alunos nas escolas vinculadas ao projeto.

Colhe-se dos ofícios constantes dos processos de inexigibilidade que a demanda por matrículas apresentou aumento entre o final e o início de cada semestre letivo, tendo em vista o sucesso do programa.

Além disso, verifica-se a verossimilhança da alegação de que a previsibilidade de matrículas que existe na rede regular de ensino não se aplica às escolas e projetos voltados à Educação Especial, como é o caso dos autos.

Essas características do programa impedem que se considere ter havido dolo de desviar recursos públicos na assinatura dos aditivos nos contratos de aquisição de livros voltados ao atendimento do Convênio.

Conseqüentemente, ausente **prova segura, acima de dúvida razoável, do prejuízo patrimonial causado à Administração Pública**, não se verifica configurada a materialidade do crime definido no art. 312 do Código Penal, consubstanciado no desvio de recursos públicos em proveito das Distribuidoras dos livros adquiridos pela Seduc/TO.

Por fim, não há qualquer evidência nos autos que atribua à Acusada o dolo de beneficiar as mencionadas distribuidoras.

Os depoimentos testemunhas colhidos afastam vínculo pessoal entre a então Secretária de Educação e os sócios das empresas fornecedoras; não há qualquer indício de acerto prévio entre a Acusada e os terceiros que supostamente teriam sido beneficiados pelos contratos públicos de compra de livros; nenhuma prova existe que corrobore a suspeita de que a Acusada pretendia, efetivamente, comprar a qualquer custo os livros

AP 946 / DF

daquelas distribuidoras específicas, para o fim de beneficiá-las com recursos públicos desviados.

Por todo o exposto, **julgo improcedente a denúncia**, quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93, por não constituir o fato imputado à Ré infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal); e quanto ao art. 312 do Código Penal, por não haver prova da existência do fato delitivo (art. 386, II, do Código de Processo Penal).

É como voto.

23/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, permito-me inicialmente saudar o eminente Relator Ministro Marco Aurélio, bem como o eminente Revisor Ministro Luiz Fux. Também ressalto as sustentações orais do eminente Subprocurador-Geral da República, Senhor Paulo Gustavo Gonet Branco, e do ilustre Advogado Professor Carlos Bastide Horbach, que, da tribuna, expendeu a sustentação escorreita que, à luz dos interesses que sustenta, julgou cabível na hipótese concreta.

Parece-me, Senhor Presidente, que a circunstância fática e jurídica submetida ao nosso exame pode pressupor, dentre outras respostas, às duas questões fundamentais. A primeira parte do fato de que houve dispensa de licitação. A questão é: a dispensa foi lícita ou não? A segunda parte do fato de que a compra envolve aproximadamente cento e vinte mil livros didáticos, em torno de quatro milhões - isso é um fato -, houve um aditivo de vinte e cinco por cento sobre esse preço. A pergunta é: isso configura ou não sobrepreço?

De modo que, sem querer reduzir a complexidade inerente a todas essas circunstâncias, percebo que o eminente Relator partiu dos pressupostos que estavam fincados no recebimento da denúncia e julgou procedente a ação penal. O eminente Ministro-Revisor, no tocante ao primeiro elemento, entendeu inexistir o dolo, ou seja, essa intenção específica de lesar o erário público, bem como a ausência de um benefício material concreto, pessoal ou em favor de terceiros.

E, em relação à segunda questão, o eminente Ministro-Revisor acolheu, por assim dizer, a desconstrução, no sentido jurídico e técnico da palavra que a defesa fez da prova técnica e pericial, entendendo não ter solidez suficiente para demonstrar a existência de sobrepreço.

AP 946 / DF

Colocadas as coisas nesse norte, observo inicialmente, para expender o meu voto, que aqui não me encontrava, por ocasião do julgamento em 24 de junho de 2014, quando, à unanimidade, esta Turma recebeu a denúncia. E obviamente se fez à luz das circunstâncias próprias para o recebimento da denúncia e apuração, sob o pálio da instrução probatória, das circunstâncias que o Ministério Público, enfim, se fazia presente em suas alegações.

Nesta toada, gostaria de salientar e recordar que recentemente relatei, perante esta Turma, a Ação Penal 971, oriundo do Estado do Rio de Janeiro. Por circunstâncias concretas, o Supremo Tribunal Federal tornou-se o juízo recursal em sede de apelação, precisamente porque, nesta hipótese, o réu ingressou na Câmara dos Deputados. E, lá, em voto acolhido por esta Turma, assentei e permito-me reproduzir um breve trecho:

(...) "O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia."

Lá, tive oportunidade de assentar, à luz do que podemos chamar de um conceito um pouco mais genérico e - com perdão da expressão - demasiadamente amplo, de uma certa imposição de uma ficha limpa no plano ético da gestão pública. E, por essa razão, assentei o que acabo de reproduzir.

E aduzi, à época, no que foi acolhido por este egrégio Colegiado:

(...) "Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim,

AP 946 / DF

distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. "

Nesta hipótese, adquirir 120 mil livros de material didático num valor de aproximadamente quatro milhões de reais sugere uma dispensa de licitação pelas circunstâncias aqui evidenciadas?

Senhor Presidente, com a devida vênia do eminente Revisor, a minha conclusão acompanha o eminente Relator.

Entendo que se aplica esta reflexão e voto que aqui trouxe, dizendo:

"Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção."

E por derradeiro:

"Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa."

Portanto, em relação à primeira questão, com a devida vênia do eminente Revisor, entendo que a dispensa da licitação, na hipótese concreta, não se revestiu de licitude. E é mais do que uma irregularidade formal, o fato de ter ocorrido um conjunto de procedimentos administrativos, e alguns terem sido arquivados e outros não, eu vejo que, nessa hipótese, a Turma, à unanimidade, recebeu essa denúncia e evidenciou processar - recorde que, à época, está registrado inclusive na ata de votação -, o Ministro Luiz Fux - e nisso há coerência de Sua Excelência - registrou que *in dubio pro societate* no momento do recebimento da denúncia e, portanto, o que é coerente com o voto que o Ministro acaba de traduzir, embora esteja pedindo todas as vênias para

AP 946 / DF

não seguir, neste momento, as conclusões a que o eminente Ministro-Revisor chegou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Eu só queria fazer uma pequena observação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sim, claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Que eu não passaria indiferente diante de um eventual prejuízo de 4 milhões.

Eu só queria dizer que, se prejuízo houve - foi a ressalva feita pelo Tribunal de Contas -, ele foi de 321 mil - se prejuízo houve -, porque ele entendeu que, com essa gama de reclamos pelos órgãos competentes, ela teria atendido a esse aditamento. Mas, se prejuízo houve, seria de 321 mil, não seria de 4 milhões.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - O Ministro Fux tem inteira razão, já que mencionei, na verdade, o montante que estão vinculados a todos os sete procedimentos e às contratações diversas. Aliás, para ser preciso, em folhas 7 do parecer do Ministério Público Federal e 483 dos autos, o valor exato dos sete processos aqui referidos e das sete contratações diversas é de 3 milhões, 958 mil, 212 reais e 30 centavos, em que se aponta um sobrepreço no valor de 772 mil, 384 reais e 40 centavos.

Como disse - e repito -, para o eminente Ministro-Revisor, há uma dúvida razoável - isso está no voto de Sua Excelência - em relação à prova de sobrepreço, que é, de algum modo, a tese que a defesa vem expor da tribuna, sustentando a fragilidade da prova produzida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Só mais uma observação para justificar o voto, que eu tenho meus valores. De sorte que aqui é só para explicitar que foram oito procedimentos de aquisição de livros durante três anos, então, com uma compra direta, de 4 milhões, de 120 mil livros.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeitamente. Como se vê, estamos de acordo em relação ao montante que eu havia mencionado.

E, portanto, com a devida vênia do eminente Revisor, entendo que

AP 946 / DF

há solidez suficiente, também, em relação à prova material do que diz respeito ao sobrepreço.

Com essas razões, pedindo todas as vênias ao eminente Revisor, louvando, como sempre, o acutíssimo voto de Sua Excelência, acompanho o voto do eminente Ministro Marco Aurélio.

23/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu participei da sessão em que esta 1ª Turma recebeu a denúncia contra a ora ré, e o fez em três inquéritos, que dizem com a inelegibilidade pela dispensa de licitação na compra de livros, pelo que bem me recordo. Ali a decisão foi unânime,. Estávamos a receber a denúncia, ou seja, autorizando a abertura da ação penal para que a prova fosse colhida de maneira a gerar uma convicção que, se o caso, pudesse ensejar um juízo condenatório.

Em determinado momento, confesso a Vossas Excelências que quase pedi vista regimental, porque, para embasar um juízo de condenação - com todo o respeito ao eminente Relator, agora acompanhado pelo Ministro Luiz Edson -, teria de estar absolutamente convencida. Lembro a propósito que ementei decisão, ação penal em que trouxe voto com juízo absolutório -, e a Turma me acompanhou -, em caso vinculado à fraude em liquidação - embora crime do art. 90 da Lei nº 8.666/99 -, com o seguinte teor:

"A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação" - a meu juízo - "é o "standard" anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional."

Partindo dessa premissa, considero – e aqui me louvo no primoroso voto do Ministro Fachin, na síntese feita por Sua Excelência -, com relação à primeira questão posta, com a vênua dos que compreendem em contrário, que não devidamente demonstrada a presença do elemento subjetivo, o dolo específico do tipo penal, quanto à inexigibilidade da

AP 946 / DF

licitação. Pelo que depreendi do quanto narrado e do que pude ler, a conduta da ré se pautou em inúmeros pareceres, envolvidos diversos órgãos. Então, não consigo, com todo respeito, vislumbrar o dolo específico de lesão ao erário. E, quanto ao sobrepreço, pertinente `segunda questão, muito me impressionou a sustentação oral, onde destacado que a metodologia utilizada pelo perito, inclusive por ele esclarecida no questionamento em juízo, no mínimo, gera incerteza quanto à correção dos dados técnicos levantados, na perspectiva do presente para o passado. E não digo isso à lembrança da Praça da Alfândega, também trazida da tribuna, em que anualmente ocorre a bela feira do livro de Porto Alegre. Para mim restou evidenciado que, pela metodologia descrita e utilizada na perícia, não há como chegar a uma certeza absoluta quanto ao alegado sobrepreço. Nessa linha, como reforço, o fato de o Tribunal de Contas ter aprovado as contas, ainda que com ressalvas. Não desconheço a independência das instâncias administrativa e jurisdicional, mas este dado da aprovação das contas pela Corte de Contas me parece relevante para a formação do convencimento.

Senhor Presidente, em suma, eu não me sinto com convicção acima de qualquer dúvida razoável para chegar a um juízo condenatório. Por isso, pedindo todas as vênias ao eminente Relator e ao Ministro Fachin, acompanho o voto do Ministro Luiz Fux, o Revisor, pelos fundamentos de Sua Excelência.

É como voto.

23/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Também cumprimento a participação do eminente Subprocurador-Geral, Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco, e do ilustre Advogado, que fez a bela e proficiente sustentação, Doutor Carlos Bastide.

Eu estudei os autos também e cheguei à conclusão que acompanha o eminente Relator. Quase que gostaria dizer lamentavelmente, porque condenação não me traz nenhum regozijo íntimo, mas me pareceu que a hipótese é burla, a licitação caracterizava-se. E, com todas as vênias, não me convenci que houvesse parecer da Procuradoria-Geral inequívoco no sentido da inexigibilidade; pelo contrário, houve uma ida e vinda, em que acho que a Procuradoria não afirmou isso. E observei também - embora não seja isso que esteja em discussão - a profusão de questionamentos das contas da ré neste processo, que, inclusive, já teve as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado, que já foi condenada por improbidade administrativa e, agora, responde a este processo. Evidentemente, a existência dessas outras glosas não funciona como prova, nem agravante, aqui, mas revela uma certa reiteração numa conduta que vem sendo questionada por diferente órgãos públicos.

De modo que seria preciso que nós nos convencêssemos que o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas e o Juízo Federal estivessem empenhados em uma cruzada política de questionamento desta senhora. O que eu tenho dificuldade de aceitar.

Por essa razão, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Luiz Fux e à eminente Ministra Rosa Weber, acompanho o Ministro Marco Aurélio.

Ministro Marco Aurélio, na dosimetria de Vossa Excelência, qual foi a pena final?

AP 946 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto ao crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas Vossa Excelência aplicou o concurso formal? Qual ficou a...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Concurso material.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Vossa Excelência quer saber a soma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Qual foi a conclusão final de Vossa Excelência quanto à pena?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A minha ou a dos Colegas?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A de Vossa Excelência, como relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, considerado o piso de 3 e o teto de 5, e levando em conta a culpabilidade, as consequências, fixei a pena-base em quatro anos – 3 e 5. Posteriormente, observei a causa de aumento prevista no artigo 84, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 – autor do crime ocupante de função de confiança em órgão da Administração direta – e procedi à majoração em 1/3, chegando aos 5 anos e 4 meses, quanto ao delito do artigo 89 da Lei de Licitações.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

AP 946 / DF

(PRESIDENTE) - Muito bem.

A minha conta dava até ligeiramente mais de cinco anos.

Desse modo, estou também acompanhando Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Só para uma informação, Ministro. Vossa Excelência perguntou se era concurso formal ou material. Não é? É concurso material. Então, pelo art. 89 da Lei de Licitações, foram cinco anos e quatro meses. Não é isso, Ministro Marco Aurélio? E o peculato?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto ao peculato, considerado o piso de 2 e o teto de 4, disse acentuada a culpabilidade. Tive presente a gravidade e as circunstâncias da prática delituosa e as consequências do crime. Impus a pena-base em 4 anos e multa em 100 dias. Procedi à majoração prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal, causa de aumento, chegando à pena final de cinco anos e quatro meses.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio e caros Colegas, estou inseguro quanto à dosimetria, não quanto aos fatos. Por isso, vou pedir vista para dar uma refletida sobre a dosimetria. Enfim, produziu-se um resultado um pouco mais gravoso do que havia imaginado.

Embora já tenha me manifestado quanto à condenação, peço vista para avaliar a dosimetria e trarei na próxima terça-feira.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AÇÃO PENAL 946

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

REVISOR : MIN. LUIZ FUX

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É) (S) : MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE

ADV. (A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS (27581/DF)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Edson Fachin, que julgavam procedente a acusação; e dos votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Revisor, e Rosa Weber, que a julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. Falaram: o Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal, e o Dr. Carlos Bastide Horbach, pela Ré. 1ª Turma, 23.8.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

30/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. PECULATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. Não é inepta a denúncia que descreve os fatos, bem como a normas penais a que se subsumem os fatos imputados ao réu.
2. Materialidade e autoria comprovadas em relação aos crimes de dispensa irregular de licitação e peculato.
3. Condenação.

RELATÓRIO:

1. Trata-se de denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República em face da Deputada Federal Maria Auxiliadora Seabra Rezende pela suposta prática dos crimes previstos no art. 89 c.c. art. 84, §2º, da Lei n. 8.666/93 e no art. 312 c.c. art. 327, §2º, Código Penal .

2. Consta da denúncia, oferecida 30.11.2012, que a ré, que exercia o cargo de Secretária da Educação e Cultura do Estado de Tocantins à época dos fatos, supostamente praticados entre dezembro de 2002 e janeiro de 2004, teria deixado de observar as formalidades exigidas para inexigibilidade de licitação, em 07 (sete) procedimentos licitatórios listados às fls. 6 , e contratado diretamente as empresas Educar Livros Comércio e Representações, Gurupi Editorias e Papéis Ltda., Editora Edjovem Ltda. e Editora Rideel Ltda para a aquisição de livros didáticos,

AP 946 / DF

utilizando-se de recursos oriundos do Programa de Educação de Jovens e Adultos do Ministério da Educação e beneficiando as referidas empresas através do superfaturamento dos objetos contratuais.(fls. 04/18)

3. Notificada nos termos do art. 4º da Lei n. 8038/90, a Parlamentar apresentou resposta, sustentando (i) a legalidade do procedimento de contratação direta, em razão da exclusividade de comercialização nacional e regional das obras literárias definidas pela Comissão Técnico-Pedagógica da Secretaria de Educação; (ii) ter agido amparada pelo parecer favorável emitido pela Procuradoria-Geral do Estado e pela Assessoria Jurídica; (iii) ausência de dolo específico, uma vez que a situação se amoldava à hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, I, da Lei n. 8666/93 ; (iv) a semelhança dos fatos apurados neste processo com fatos apurados pelo TCU em caso correlato, em que a Corte de Contas concluiu pela ausência de elementos configuradores de superfaturamento. (fls. 49/76).

4. Na sequência, após manifestação do Ministério Público Federal nos termos do art. 5º da Lei n. 8038/90, a denúncia foi recebida pela 1ª Turma deste Supremo Tribunal Federal em 24.06.2014 (acórdão de fls. 135/248).

5. Contra o acórdão que recebera a denúncia foram opostos dois embargos de declaração. Os primeiros foram providos, porém sem efeito modificativo (fls. 284/290); aos segundos, foi negado seguimento (fls. 313/316).

6. Na instrução, foram ouvidas as testemunhas de acusação Fabrício Fonseca Theodoro (fls. 394/408) e William Hauffe Neto (fls. 409/415), bem como as testemunhas de Defesa Iolanda Felipe de Oliveira (fls. 416/421), Luzia América Gama da Silva (fls. 422/427), José Renard de Melo Pereira (fls. 428/432) e Rosilene Costa dos Reis (fls. 433/435). A ré foi interrogada às fls. 436/451.

AP 946 / DF

7. Na fase do art. 10 da Lei n. 8038/90, o Relator deferiu o requerimento do Procurador-Geral da República e determinou expedição de ofício ao TCU a fim de que fosse juntada aos autos cópia integral do processo n. 020.500/2006-4, em que a Corte de Contas julgou regulares, com ressalvas, as contas da denunciada (fls. 457/458 e fls. 462). A Defesa nada requereu.

8. Em sede de alegações finais, o Ministério Público Federal sustentou (i) estarem comprovadas a materialidade e autoria do delito; (ii) não ter restado caracterizada a subsunção da situação narrada nos autos à qualquer das hipóteses de inexigibilidade de licitação; (iii) não ter havido pesquisa de mercado para aferir os preços apresentados pelas empresas; (iv) a existência de acréscimo de 25% no valor contratado sem qualquer justificativa; (v) ausência de manifestação da Procuradoria do Estado acerca da legalidade das aquisições diretas. Ao final requereu a condenação da ré pelos crimes art. 89 c.c. art. 84, §2º, da Lei n. 8.666/93 e no art. 312 c.c. art. 327, §2º, Código Penal. (fls. 477/493)

9. A Defesa, por sua vez, aduziu, em alegações finais, (i) inépcia da denúncia, pois ausente a demonstração de dolo específico; (ii) atipicidade da conduta em relação ao crime de peculato, em razão de não estarem demonstradas evidências de locupletamento dos valores ou bens desviados; (iii) que os preços praticados pelas empresas contratadas estavam abaixo do preço praticado no mercado; (iv) a existência de declarações de exclusividade expensas pela Câmara Brasileira do Livro. Requer o trancamento da ação penal ou, alternativamente, a improcedência da denúncia. (fls. 497/534)

É o relatório

VOTO:

AP 946 / DF

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso:

I. PRELIMINARES

10. A preliminar de inépcia da denúncia não merece prosperar. A peça acusatória descreveu com clareza os fatos imputados ao acusado, com os respectivos tipos penais aos quais se subsumiriam, o que permitiu o exercício da ampla defesa pelo réu. A orientação jurisprudencial do Tribunal é no sentido de que o exame da admissibilidade da denúncia se limita à existência de substrato probatório mínimo e à validade formal da inicial acusatória (CPP, art. 41). Nesse sentido, foram julgados, por exemplo, o INQ. 1926, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie; e o INQ. 2449, Rel. Min. Ayres Britto. Assim, não há que se falar em inépcia da denúncia.

II. MÉRITO

II. 1. QUANTO AO CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666/93
(Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.)

11. A materialidade e autoria estão comprovadas, conforme se analisará pormenorizadamente.

12. Os documentos que instruem a presente ação penal demonstram que, de fato, ocorreu inexigibilidade do procedimento

AP 946 / DF

licitatório nos 07 processos descritos na denúncia. Resta saber se tal inexigibilidade é alcançada pelas hipóteses previstas no art. 25, I, da Lei n. 8666/93.

13. Os relatórios elaborados pela CGU (fls. 86/94, do apenso 1), bem como o laudo da perícia criminal federal de número 091/2011 (fls. 186, do apenso 1) indicam que, no processo licitatório, foram desclassificadas empresas licitantes com base em critérios não constantes no edital.

14. Ademais, os documentos apresentados pelas empresas contratadas nos procedimentos analisados, ou não se prestavam a comprovar sua exclusividade na venda dos livros didáticos requeridos pela Secretaria de Educação, ou não preenchiam os requisitos legais. No processo 2003.2700.003811 sequer constava a mera declaração de exclusividade em favor da empresa Educar Livros Comércio e Representações Ltda que justificasse a contratação direta.

15. Mais: o relatório da CGU constatou que não havia justificativa plausível na escolha dos livros a serem adquiridos, pois a Secretaria de Educação do Estado do Tocantins não foi capaz de demonstrar a metodologia utilizada pela Coordenação do Programa Educação de Jovens e Adultos para “determinação de quais livros seriam adquiridos, em que quantidade e quais escolas teriam suas necessidades supridas”. O relatório, fls. 88, traz o seguinte exemplo: a Coordenação de Educação de Jovens e Adultos solicitou a liberação de recursos no valor de R\$ 195.300,00 para a aquisição do livro “Anatomia do Corpo Humano”, ao argumento de que a compra desta obra era “indispensável para guiar o aluno”. Neste processo, de nº 2004.2007.001749 verifica-se um Termo de Aditamento de 25%, no valor de R\$ 48.825,00. Ocorre que durante a inspeção física realizada em 28.09.2005, a CGU/TO constatou que todo o material adquirido, inclusive com o acréscimo de 25% por aditamento, encontrava-se estocado no almoxarifado. Não só: nas Escolas

AP 946 / DF

Estaduais do Município de Palmas, que também atendem ao Programa de Educação de Jovens e Adultos, foram encontradas, em suas bibliotecas, a obra “Atlas Visuais do Corpo Humano”, que, segundo as próprias bibliotecárias, era bastante procurada por alunos, atendendo tanto em qualidade como em quantidade disponível.

16. Colhe-se dos autos, ainda, que a Secretaria de Educação do Estado do Tocantins não fez pesquisa de mercado para verificar se os preços apresentados pelas empresas que foram contratadas para fornecerem os livros didáticos eram adequados. Apesar disso, o Coordenador Administrativo da Pasta, Fernando Gouveia Gondim, bem como o Diretor Administrativo e Financeiro, Adélio de Araújo Borges Júnior, enviaram ofício à ré afirmando que os preços seriam os mesmos praticados em nível nacional (fls. 58 do apenso 3, fls. 62 do apenso 4, fls. 97 do apenso 5, fls. 40 do apenso 6, fls. 32 do apenso 7, fls. 99 do apenso 8 e fls. 89 do apenso 9).

17. Diante de todas essas evidências acima descritas, me parece que a materialidade do crime de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais está presente. A Lei n. 8666 prevê, em seu artigo 25, três situações em que a licitação é inexigível, a saber: (i) exclusividade de fornecedor; (ii) serviços técnicos cujos profissionais necessitem apresentar notória especialização; (iii) contratação de profissionais do setor artístico, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

18. A situação descrita nos autos não se amolda a nenhuma das situações previstas no art. 25 da Lei n. 8666/93. A declaração firmada pela Câmara Brasileira do Livro não se adequa à exigência do art. 25, I, de que deve ser feita “através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes”, de modo que não é possível estar-se diante de um fornecedor exclusivo.

AP 946 / DF

19. No ponto, de se ressaltar que o tipo penal em análise não exige que exista dano ao erário, mas sim que o procedimento licitatório seja dispensado fora das hipóteses abarcadas pela lei de licitações. Como se sabe, a regra para a contratação pelo poder público é que sejam precedidas por procedimento licitatório, assegurando a concorrência entre as empresas participantes, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por esta razão, as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação são taxativas e não podem ser ampliadas. Os bens jurídicos tutelados são, em última análise, a própria moralidade administrativa e o interesse público, prescindindo a consumação do delito em análise, repita-se, da ocorrência de dano ao erário, uma vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de procedimento licitatório.

20. Por outro lado, não se desconhece que a Egrégia Segunda Turma, em recente julgado, INQ 3731/DF, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, reiterou sua jurisprudência no sentido de que para a adequação típica a tal preceito primário mostra-se necessária a existência de prejuízo ao erário. De todo modo, no caso dos presentes autos, verifico que efetivamente existiu dano erário, uma vez que todos os contratos oriundos dos procedimentos aqui analisados possuíam termos aditivos de 25% de seu valor inicial, sendo que, em um deles, no procedimento n. 2003.2700.003813, o acréscimo de 25% ocorreu antes mesmo da celebração do contrato. No caso do procedimento n. 2003.2700.003813, o dano ao erário é evidente, pois não havia qualquer justificativa para o aumento no valor do contrato antes mesmo de sua celebração.

21. Ademais, o tipo penal de dispensa irregular de licitação não exige dolo específico, ou seja, fim especial de agir. É dizer: para sua configuração, é prescindível a demonstração de que o réu desejava beneficiar alguém ou a si próprio ou atingir qualquer outro fim.

AP 946 / DF

Portanto, seu elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de dispensar o procedimento licitatório fora das hipóteses legais. O dolo, nesse delito, exige que o agente tenha conhecimento das hipóteses legais de inexigência de licitação e aja de maneira livre e consciente no sentido de inexigir o procedimento licitatório.

22. No caso dos autos, a alegação de que a atitude da ré estaria embasada em parecer do Procurador-Geral do Estado não procede, uma vez que, conforme fls. 92/93 do apenso 9, não houve emissão de parecer conclusivo favorável à inexigibilidade do procedimento licitatório, tanto é que a ré enviou diretamente ao Secretário de Fazenda a justificativa para dispensa de licitação em razão da relutância da Procuradoria do Estado em emitir o parecer favorável. Diante disso, o próprio Secretário da Fazenda enviou ofício à ré para que ela “[justificasse] a existência de interesse público, como também aferir a oportunidade e a conveniência da aquisição direta dos referidos bens” (fls. 93 do apenso 9). Em resposta, a ré afirmou que os preços praticados eram compatíveis com os valores de mercado em nível nacional, havendo, inclusive pressa na aquisição dos livros, pois os preços estariam garantidos pelas respectivas Editoras somente até 31.12.2002 (fls. 94/95 do apenso 9). Diante disso, o Secretário de Fazenda determinou a inexigência de licitação (fls. 96 do apenso 9).

23. O dolo da denunciada em inexigir o procedimento licitatório fora das hipóteses legais, restou consubstanciado (i) no envio de ofício ao Secretário de Fazenda do Estado diante da ausência de emissão de parecer conclusivo pela Procuradoria-Geral do Estado; (ii) na pressa em proceder à contratação direta das empresas, conforme dito acima e com base em seu depoimento em juízo, no qual afirma, para minha perplexidade, que “Ou comprava livros ou teria que devolver o dinheiro ao Governo Federal, porque não tinha cumprido o objeto” (fls. 449 do volume 3).

AP 946 / DF

24. Por estas razões, impõe-se a condenação da ré pelo crime previsto no art. 89, caput c.c art. 84, § 2º, da Lei 8.666/93.

II.2 QUANTO AO CRIME DE PECULATO (*Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*)

25. A materialidade e autoria estão comprovadas, conforme se demonstrará.

26. O crime de peculato-desvio está comprovado na celebração de contratos para a aquisição de livros didáticos por preço superior ao praticado no mercado, conforme depoimento prestado pelo perito criminal federal Fabrício Fonseca Theodoro que elaborou o laudo 091/2011 (fls. 395 do volume 3). Embora o TCU tenha invalidado a pesquisa de preços realizada na referida perícia criminal, tal entendimento não é vinculante para a esfera penal, devido à independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. De modo que admito a sua validade.

27. Ainda que isso não bastasse, os aumentos de 25%, sem qualquer justificativa, no valor de todos os contratos analisados nestes autos, além de comprovarem a falta de planejamento, como afirmado pela CGU, demonstram que existiu desvio de valores em favor das empresas Educar Livros Comércio e Representações, Gurupi Editorias e Papéis Ltda., Editora Edjovem Ltda. e Editora Rideel Ltda.

28. É certo que o art. 65, §1º, prevê a possibilidade de aumento de 25% no valor dos contratos, mas, o caput do art. 65 exige do gestor público, que assim proceder, a devida justificativa.

AP 946 / DF

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 1o O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (grifei)

29. Assim sendo, o aumento no valor dos contratos sem a devida justificativa, bem como a celebração de contratos, sem prévio certame licitatório, com empresas por valor superior ao de mercado, configuram, a meu ver, desvio de valores da Administração Pública em proveito alheio, adequando-se ao tipo penal de peculato-desvio.

30. A afirmação de que a ré não tinha acesso aos procedimentos que resultaram na celebração de contratos com as empresas também não convence. Isso porque a ré participou ativamente no processo de inexigência de licitação, tendo, inclusive, enviado ofício ao Secretário de Fazenda do Estado para que este autorizasse a celebração dos contratos sem licitação, diante da ausência de parecer conclusivo por parte do Procurador-Geral do Estado.

31. Por fim, não há nos autos qualquer informação referente a eventuais excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, obediência hierárquica), ou a presença de qualquer dirimente a afastar o juízo de reprovação da

AP 946 / DF

conduta, tratando-se a ré de pessoa cuja higidez física e mental lhe permitia ter plena consciência das condutas realizadas.

32. Por estas razões, impõe-se a condenação da ré pelos crimes previstos nos arts. 312 c.c. art. 327, §2º, do Código Penal.

III. DA CONTINUIDADE DELITIVA.

33. “O art. 71 do Código Penal arrola os requisitos necessários à caracterização do crime continuado, a saber: (i) mais de uma ação ou omissão; (ii) prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; (iii) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; e (d) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.” (HC 107.636, Rel. Min. Luiz Fux)

34. Trata-se a figura do crime continuado de espécie do gênero concurso de crimes que objetiva a implementar medida de política criminal com vistas a evitar desnecessária exacerbação da pena.

35. No caso dos autos, os crimes foram praticados de forma sequencial nos anos de 2002 a 2004, consoante narrado na peça inicial, mostrando-se a maneira de execução a mesma.

IV. DA DOSIMETRIA DA PENA

IV.1. PARA O CRIME DO ART. 89, DA LEI Nº 8.666/96

36. Considerando as circunstâncias de que cuida o artigo 59, do Código Penal, tenho por desfavoráveis a ré as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime. A culpabilidade é desfavorável porque o crime foi praticado por gestor público, que ocupa posto elevado na estrutura de Poder, Secretária de Estado de Educação e Cultura, posição essencial na Administração Pública porque diretamente

AP 946 / DF

responsável pelas políticas de formação das novas gerações e, por isso mesmo, reveladora de especial juízo de reprovabilidade da conduta. Quanto às consequências, o crime em análise impossibilitou que a Administração investisse em material didático de qualidade e destinado às reais necessidades da comunidade. Assim, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos de detenção e 15 (quinze) dias multa, fixado o valor unitário em um salário mínimo vigente ao tempo do fato, considerada a capacidade econômica da ré que, à época dos fatos era Secretária de Estado do Estado do Tocantins e, atualmente, ocupa funções de Deputada Federal. Não há agravantes. Considerada a causa de aumento de pena de que cuida o § 2º do art. 84, da Lei nº 8.666/93, por se tratar de ocupante de função de confiança na Administração Direta, majoro a reprimenda em 1/3, alcançando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa. Em razão da continuidade delitiva, majoro a reprimenda em 1/3, considerado o número de condutas, 07 ao total, para obter 07 (sete) anos e 01 (um) mês, e 26 (vinte e seis) dias multa, pena que torno definitiva. O regime inicial é o semiaberto, considerado tratar-se de crime apenado com detenção.

IV.2. PARA O CRIME DO ART. 312 C.C 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL

37. Considerando as circunstâncias de que cuida o artigo 59, do Código Penal, tenho por desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime, nos mesmos moldes acima revelados. Assim, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 13 (treze) dias multa, fixado o valor unitário em um salário mínimo, considerada a capacidade econômica da ré. Não há agravantes. Em razão da causa de aumento prevista no § 2º, do art. 327, do CP, majoro a pena em 1/3, alcançando 04 (quatro) anos de reclusão e 15 (quinze) dias multa. Já em razão da continuidade delitiva, majoro a reprimenda em 1/3 e a torno definitiva em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias

AP 946 / DF

multa. O regime inicial é o semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal).

IV.3. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO CRIME DE PECULATO.

38. Considerando que os fatos se deram entre 2002 e 2004 e o recebimento da denúncia se deu em 24 de junho de 2014; e considerando que as majorações decorrentes da continuidade delitiva, bem como do concurso formal (art. 119, do CP) não se computam para fins de prescrição, verifico a efetiva ocorrência do fenômeno da prescrição pela pena em concreto do crime de peculato, que ora pronuncio na medida em que transcorridos mais de 08 (oito) anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia (arts. 110 c.c 109, ambos do CP).

IV.4. SUBSTITUIÇÃO

39. Quanto à pena substitutiva de liberdade, verifico que embora a Ré preencha os requisitos subjetivos que autorizam sua substituição, o *quantum* da pena final se acomodou em patamar superior ao passível de substituição, razão pela qual deixo de proceder à substituição de que cuida o artigo 44, do Código Penal.

IV.5. EFEITOS ESPECÍFICOS DA CONDENAÇÃO DE QUE CUIDA O ART. 92, DO CP.

40. Considerada a imposição de pena por crime contra a Administração Pública em patamar igual ou superior a 01 (um) ano, e mesmo superior a 04 (quatro) anos caberá à Câmara dos Deputados decidir sobre eventual perda do mandato quando transitada em julgado a condenação.

41. É como voto.

AP 946 / DF

30/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio.

Senhor Presidente, depreendo que, em voto vista, Vossa Excelência está, em matéria de crime continuado, reconhecendo presentes os elementos respectivos e, portanto, situando-se na ambiência da dosimetria da pena, fixando a pena, à luz do comando do artigo 89 da Lei 8.666, em 7 anos 1 mês e 26 dias-multa, pena que Vossa Excelência propõe seja tornada definitiva.

Eu tenho a registrar, Senhor Presidente, que, do exame que fiz, cheguei à conclusão que vai ao encontro da conclusão de Vossa Excelência, do arremate que Vossa Excelência propõe. Portanto, estou acompanhando em relação ao delito previsto no artigo 89.

Em relação ao peculato, verifico que Vossa Excelência está reconhecendo a prescrição intercorrente. E também aqui, Senhor Presidente, o exame que fiz vai ao encontro da conclusão a que Vossa Excelência está a apresentar.

Portanto, situada a ambiência do voto-vista de Vossa Excelência na dosimetria e nesses limites que, aqui, acabamos de haurir, acompanho integralmente Vossa Excelência.

30/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência havia fixado uma pena superior. Vossa Excelência mantém a posição da sessão anterior?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mantenho a posição, Presidente. A essa altura, quanto ao crime do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, o meu voto passa a ser o voto médio, porque, como afasto a incidência do artigo 71 do Código Penal, que disciplina a continuidade delitiva, fixo a reprimenda em patamar menor do que aquele a que chegou Vossa Excelência. E, então, os dois votos pela absolvição somam-se ao meu nesse ponto. A pena final, no tocante ao artigo 89, fica em 5 anos e 4 meses, enquanto a de Vossa Excelência, em 7 e alguma coisa. Por isso, relativamente à pena final, o meu voto é o médio. Agora, no todo, se considerarmos o todo, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É, eu vou confessar uma dúvida e vamos partilhar a solução. No julgamento da Ação Penal nº 470, o Tribunal Pleno entendeu que os ministros que votassem pela absolvição não participavam da dosimetria da pena. Eu devo dizer, com franqueza - eu não estava presente -, mas eu tenho dúvida sobre essa solução. Entretanto, seja como for, é essa a posição do Plenário.

O Ministro Marco Aurélio observa agora que o voto dele, de Sua Excelência, fixa uma pena inferior à que eu fixava.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto ao crime que sobeja, o de afastamento da licitação. Então, como os votos

AP 946 / DF

pela absolvição se somam ao meu – em um patamar de pena menor – acaba por prevalecer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É exatamente essa a questão de ordem que eu trago.

Eu propunha - vamos arredondar - sete; e o Ministro Marco Aurélio, cinco; Ministro Fachin me acompanha nos sete; Ministra Rosa dava zero; e o Ministro Fux dava zero. Portanto, se se computar o zero do Ministro Fux e o zero da Ministra Rosa, não tenho nenhuma dúvida de que prevalece a posição do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Voto médio, em termos de pena.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu não tenho nenhuma dificuldade com os cinco anos e quatro meses. Enfim, acho que está compatível com um parâmetro de razoabilidade. Eu só tenho dúvida se computa-se ou não o voto de quem absolveu. Vossa Excelência poderia argumentar em favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É tomar a óptica dos Colegas a ponto de concluir-se pelo voto médio. Quem absolve está mais próximo da fixação da pena em 5 anos e 4 meses do que em 7 e qualquer coisa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu não teria dúvida disso. Pois não, Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - É isso que eu acho: quem absolve está mais próximo da pena menor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É o voto médio.

AP 946 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu não teria dúvida disso. Só que nós, então, estaremos computando quem absolveu; e eu teria dúvida se essa é a orientação do Plenário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - Não está computando, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Cômputo em termos de julgamento, porque os votos pela absolvição não podem ser excluídos. Mas, perquirindo, chega-se ao voto médio em termos de apenação, ou seja, ao patamar de 5 anos e 4 meses.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - E aí seria a única apenação de Vossa Excelência?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Seria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - É a única apenação de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Porque, quanto ao crime de peculato, o voto médio é o do ministro Luís Roberto Barroso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Está prescrito, está prescrito.

Ministra Rosa, Vossa Excelência tem opinião? Vossa Excelência quer se manifestar sobre essa questão?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, Senhor Presidente, eu concordo com a tese do Ministro Marco Aurélio.

AP 946 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu preciso confessar que eu tenho dúvida, mas não tenho dificuldade de acompanhar, porque estou satisfeito com a solução.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REVISOR) - A melhor solução seria um reajustamento, pelo voto médio do Ministro, e aí essa questão jurídica não se colocaria.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas é porque precisa prevalecer o meu voto de prescrição do peculato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto ao peculato.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eu também não tenho dificuldade em relação a esse entendimento, até porque, ao lado da dúvida de Vossa Excelência, que eu também subscrevo, no cômputo do quórum para o voto médio, a solução se aproxima da maioria do Colegiado, já que os dois votos foram pela absolvição, e o voto do eminente Relator é um voto que está mais próximo, em termos quantitativos, do que o voto de Vossa Excelência, que eu acompanhei, na dosimetria do art. 89.

Portanto, sem embargos de reafirmar que estou acompanhando integralmente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Inicialmente, Vossa Excelência até me acompanhou, mas, agora, com as ponderações...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente. Com o pedido de vista, eu reafirmo que estou de acordo com o voto-vista.

AP 946 / DF

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(PRESIDENTE) - Está ótimo, Ministro Fachin.**

30/08/2016

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 946 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, para corrigir, o verbete que afasta a consideração do acréscimo resultante da continuidade delitiva, para efeito de prescrição, em vez de 487, é 497.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AÇÃO PENAL 946

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

REVISOR : MIN. LUIZ FUX

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É) (S) : MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE

ADV. (A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS (27581/DF)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Edson Fachin, que julgavam procedente a acusação; e dos votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Revisor, e Rosa Weber, que a julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. Falaram: o Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal, e o Dr. Carlos Bastide Horbach, pela Ré. 1ª Turma, 23.8.2016.

Decisão: A Turma, por maioria de votos, julgou procedente a acusação no tocante ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93, fixando a pena em 5 anos e 4 meses e 100 dias-multa à razão de R\$ 300,00. No tocante ao crime do art. 312 do Código Penal, julgou procedente o pedido e fixou a pena em 4 anos e 4 meses de reclusão e 17 dias-multa, verificada a prescrição da pena em concreto, nos termos do voto médio do Relator quanto ao art. 89; vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Revisor, e Rosa Weber, que julgavam improcedente a acusação. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Edson Fachin. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 30.8.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

