



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

APELAÇÃO. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 90, DA LEI Nº 8.666/93. TENTATIVA. ATESTADO DE FORNECIMENTO FALSIFICADO, COM O INTUITO DE COMPROVAR A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DE EMPRESA LICITANTE. COMPETIÇÃO OBSTADA.

A utilização de documento falso por sócio de empresa, na fase de habilitação, subsume-se ao tipo penal do art. 90, da Lei nº 8.666/93, na modalidade de “outro expediente”, pois visava a tolher a competitividade do procedimento licitatório e, assim, lograr-se vencedor da disputa. O delito somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu, uma vez que a Comissão de Licitações, ao efetivar diligências para reconhecimento da validade da proposta descobriu que a empresa não satisfazia todos os requisitos do edital, restando inabilitada à concorrência pública.

APELAÇÕES DESPROVIDAS. POR MAIORIA.

APELAÇÃO CRIME

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE/APELADO

MIGUEL LUIS PEREIRA NUNES

APELANTE/APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em negar provimento ao apelo do Ministério Público e ao apelo da defesa, vencido o Relator, que dava parcial provimento à apelação da defesa, para desclassificar o fato



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

imputado para o art. 304 do CP e baixar o processo para proposta de suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, e julgava prejudicada a apelação do Ministério Público, tudo nos termos dos votos proferidos em sessão. Redator para o acórdão o Desembargador Rogério Gesta Leal.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO**.

Porto Alegre, 28 de agosto de 2014.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA,
Relator.

DES. ROGÉRIO GESTA LEAL,
Redator.

RELATÓRIO

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (RELATOR)

MIGUEL LUIS PEREIRA NUNES foi denunciado como incurso nas sanções do art. 90 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, pelo seguinte fato descrito na denúncia:

Entre os meses de dezembro de 2007 e março de 2008, nas dependências da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, sita na Rua Caldas Júnior, nº 120, 18º andar, Centro, em Porto Alegre/RS, o denunciado, na condição de sócio-gerente da empresa RODOQUÍMICA INDÚSTRIA, COMÉRCIO E TRANSPORTE DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., teria tentado frustrar e fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório nº 537/07 – CELCO/CORSAN, mediante a apresentação de documento falso para comprovar a qualificação técnica exigida pelo edital,



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

com o intuito de obter para si vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Teria apresentado atestado de capacidade técnica falso, na medida em que a assinatura do subscritor do aludido documento, sócio proprietário da empresa Projesan Saneamento Ambiental Ltda., seria falsificada.

A denúncia foi recebida em 19 de janeiro de 2011 (fl. 351).

O réu foi citado (fl. 358/358v), apresentando resposta à acusação (fls. 364/370v).

Durante a instrução foram ouvidas as testemunhas e interrogado o réu (fls. 406/412, 467/468v, 480/481, CDs de fls. 492, 501, 527, 560 e fls. 568/570).

Apresentados memoriais (fls. 575/578 e 584/595v) sobreveio sentença, que ulgou precedente a denúncia, para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 90 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade (fls. 598/603v).

Inconformados, o Ministério Público e a defesa do acusado interpuseram recurso de apelação (fls. 607 e 615).

O Ministério Público, em razões, requereu a reforma da decisão, a fim de que seja aplicada a redução de apenas 1/3 pelo reconhecimento do crime tentado, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, em virtude da nova pena aplicada (fls. 608/610v). A defesa, por sua vez, postulou, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição. No mérito, requereu a absolvição do apelante por inexistência de provas quanto à autoria e materialidade do delito.



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Subsidiariamente, pugnou pela redução da pena e pela aplicação dos artigos 77 do Código Penal (*sursis*) e 89 da Lei nº 9.099/95 (fls. 632/651).

O Ministério Público e a defesa apresentaram contrarrazões (fls. 654/673 e 675/686v).

O Dr. Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo provimento do apelo ministerial e improvimento do apelo defensivo (fls. 703/710v).

É o relatório.

VOTOS

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (RELATOR)

A preliminar de prescrição não prospera. Na sentença, o acusado foi condenado à pena de 01 (um) ano, cuja prescrição ocorre em 04 (quatro) anos, conforme art. 109, inciso V do CP. Entre as datas do fato (março de 2008), do recebimento da denúncia (19-01-2011) e da sentença penal condenatória (07-08-2013), não decorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, em nenhum dos interregnos mencionados, não tendo ocorrido a prescrição, portanto.

No tocante à peça acusatória, a princípio, cumpre tecer alguns esclarecimentos sobre a capitulação legal que constou na denúncia, art. 90 da Lei nº 8.666/93. Conforme voto divergente, proferido por ocasião do julgamento da apelação nº 70056968209, nesta Câmara, tenho que o fato narrado na inicial não configura crime contra a lei de licitações. A respeito, transcrevo:

“Veja-se que o art. 90 da Lei 8666/93 assim refere: “Frustrar ou fraudar mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório”. Entendo que este ajuste ou combinação tem que ser entre a empresa vencedora



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

da licitação e o Poder Público ou entre os competidores, o que não se verifica no caso. É muito comum o caso de três empresas se reunirem, cada uma apresentando uma proposta, já havendo combinação prévia sobre o licitante vencedor. Esse é o caso típico de configuração do crime de art. 90.

Agora, neste caso, conforme se depreende da denúncia, os sócios desta empresa combinaram de se apresentar como uma empresa de pequeno porte, circunstância que, a meu ver, não tipifica o referido crime. Compete ao Poder Público a fiscalização, ou seja, deveria a Comissão de Licitação verificar se a empresa é de pequeno porte ou não, ou se as informações estão corretas ou não, e assim desclassificar esse licitante, não permitindo que ele concorresse ao certame. Há um rito que pode ser encontrado na Lei de Licitações, no art. 41 até o art. 49, estabelecendo como deve ser feita a licitação, desde a expedição do edital - o que deve conter no edital, documentos que os concorrentes têm que apresentar - até essa possibilidade de impugnação, quando qualquer licitante, qualquer pessoa, qualquer cidadão pode impugnar a licitação, dizendo: "Aquele licitante não pode concorrer por causa disso e daquilo, porque ele está dizendo que é empresa de pequeno porte e não é".

O crime que poderia ter ocorrido aqui é crime de falsidade ideológica ou falsidade documental, todavia não foram denunciados. Agora, o crime de fraude em licitação não ocorreu.

Lembro-me de uma expressão de Marçal Justen Filho em que ele diz que este ajuste ou combinação tem que ser entre licitantes ou entre o licitante que ganhou e o Poder Público. Quer dizer, se houver dois sócios, e eles se unirem para dar uma informação equivocada, mentir e introduzir um documento falso, isso não seria o crime do art. 90, seria mero crime de falsidade, e esse concorrente teria



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

que ser alijado do certame por iniciativa do próprio Poder Público ou por denúncia de qualquer cidadão.”

No julgamento dos embargos infringentes nº 70058479312, a tese foi acolhida por maioria no 2º Grupo Criminal, sendo pertinente transcrever o seguinte trecho do aludido acórdão, que elucida a questão:

“Pois, rogando vênias a douta maioria, estou em acolher os embargos infringentes para fazer prevalecer o voto divergente, por seus próprios fundamentos.

Como bem ponderado pelo eminente Des. Gaspar, a conduta prevista no artigo 90 da Lei nº 8.666/1993¹ objetiva coibir a frustração ou a fraude do caráter competitivo de procedimento licitatório. Para tanto, é necessário que os participantes concorrentes do certame ou que, eventual competidor que conta com o apoio da administração pública, por meio de ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, obtenham vantagem que afaste o caráter competitivo da licitação, tornando certo o seu resultado. Não basta que representantes de uma empresa participante da licitação, como no caso em exame, fraudem documentos ou insiram falsas declarações com o objetivo de saírem vencedoras no certame, o que configura outros tipos penais.

Ao analisar o núcleo do tipo em referência, Nucci² expressa opinião no sentido da necessidade da união de esforços entre concorrentes para que o caráter competitivo da licitação seja eliminado

¹ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 898.



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

ou que se promova uma ilusória competição, sem o que a infração não se perfectibiliza.

“O tipo prevê que a frustração ou fraude se dê por ajuste (pacto), combinação (acordo) ou qualquer outro expediente (instrumento para alcançar determinado fim). Entretanto, não vemos sentido prático para tanto. O importante é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo, pouco importando ter havido ajuste ou combinação (aliás, termos sinônimos).”

O tipo não é fraudar a licitação e sim, o caráter competitivo desta.

POSTO ISSO, voto no sentido de acolher os embargos infringentes para absolver os réus, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.”

Logo, o fato descrito na denúncia não se enquadra no tipo penal do crime do art. 90 da Lei de Licitações, uma vez que inexistente qualquer indício de ajuste ou combinação entre licitantes, ou entre o licitante vencedor e o Poder Público que promoveu o certame.

Por outro lado, tenho que o crime previsto no art. 304 do CP restou configurado. Na denúncia consta que o réu fez “apresentação de documento falso”, ou seja, a conduta de fazer uso de documento falso está expressamente descrita na peça acusatória.

Por conseguinte, o conjunto probatório deve ser analisado, **sob a ótica do tipo penal previsto no art. 304 do CP.**

No caso, o apelante estaria participando de procedimento licitatório, na modalidade concorrência, realizado pela Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), para o fornecimento de cloro líquido para a desinfecção da água. Na fase de comprovação da qualificação técnica, o acusado apresentou à comissão de licitação o documento de fls. 169, consistente numa declaração firmada por empresa catarinense, mencionando que é cliente da empresa do apelante e elogiando os



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

profissionais que ali trabalham. Ainda, constou uma lista de produtos que a empresa catarinense teria comprado da empresa do apelante, em médias anuais: soda cáustica 50% (600 toneladas); ácido clorídrico 35% (520 toneladas) e cloro liquefeito (960 toneladas). Porém, os membros da comissão de licitação desconfiaram da assinatura aposta no final do documento, do engenheiro químico João Eduardo Vieira, que parecia “rasurada”.

Diante disso, a comissão pediu ao apelante que apresentasse notas fiscais confirmando tais vendas (fls. 63/64), e foram entregues os documentos de fls. 68/87. Todavia, após consulta à Secretaria da Fazenda, receberam ofício informando que as notas fiscais apresentadas não representavam operações de circulação de mercadorias, pois foram canceladas pelo emitente. Por fim, a empresa do apelante, Rodoquímica Indústria, Comércio e Transporte de Produtos Químicos Ltda., foi considerada inabilitada.

Interrogado, o réu (fls. 568/570) negou os fatos. Afirmou que o documento apresentado no certame é verdadeiro, e explicou que as notas fiscais apresentadas referiam-se à venda futura, que acabou não se realizando.

Contudo, a versão do apelante restou isolada nos autos.

João Eduardo Vieira, ouvido por precatória, afirmou que não assinou o documento apresentado pelo apelante (CD fls. 492).

As testemunhas Iraçu Alberti (406/409) e Vinicius Wollman Garcia (4010/411), membros da comissão de licitação da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, confirmaram que o réu apresentou atestado de fornecimento com assinatura aparentemente forjada. Solicitaram então as notas fiscais hábeis para comprovar a circulação da mercadoria. Submetidas à análise pela Secretaria Estadual da Fazenda,



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

ficou constatado que as operações mercantis constantes dos documentos fiscais não teriam ocorrido.

A testemunha Nelson da Silva, participante da licitação (fls. 254/256 e 526/527), afirmou que sua empresa participou do certame junto com a empresa do réu e, percebendo algumas irregularidades, apontou-as por meio dos instrumentos administrativos postos à disposição dos concorrentes.

O agente fiscal do Tesouro do Estado, Edegar Pedro Berté (fls. 467/468), confirmou que as notas fiscais apresentadas pelo réu, foram emitidas e depois canceladas, e seu valor não foi registrado no livro de saídas da empresa.

Além disso, consta nos autos documento elaborado pela Secretaria Estadual da Fazenda (fls. 420/456), apontando divergências nas datas de emissão das notas fiscais apresentadas pelo apelante, bem como falta de correlação dos intervalos de numeração entre as notas fiscais e os respectivos formulários.

Por conseguinte, pode-se concluir que, embora a ausência de perícia no documento de fls. 169, há elementos de prova suficientes para atestar que é falso, haja vista o depoimento de João Eduardo Vieira, bem como a inidoneidade das notas fiscais apresentadas pelo apelante. A alegação da defesa, de que a assinatura de fls. 169 é similar àquela de fls. 251, firmada por João Eduardo quando prestou declarações na delegacia, não merece acolhimento, pois evidente a disparidade na grafia.

Portanto, tenho que a conduta do apelante Miguel Luis Pereira Nunes tipifica, em tese, o crime do art. 304 do CP, na modalidade de uso de documento particular. Por conseguinte, considerando que a pena mínima é de 01 (um) ano, conforme art. 298 do CP, é cabível proposta de suspensão condicional do processo, prevista no



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

art. 89 da Lei nº 9.099/95. Logo, o processo deve baixar em diligência, para oferta da proposta prevista no dispositivo referido.

Por fim, prejudicada a apelação do Ministério Público, que pretendia somente a redução do quantum relativo à tentativa, para o crime da lei de licitações.

Por tais fundamentos, voto por desclassificar o fato imputado para o tipo do art. 304 do CP e dar parcial provimento à apelação da defesa, para baixar o processo, para proposta de suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9099/95, considerando prejudicada a apelação do Ministério Público.

DES. ROGÉRIO GESTA LEAL (REDATOR)

Eminentes Colegas.

A matéria acerca da configuração ou não do crime de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, previsto no art. 90, da Lei nº 8.666/93, não está pacificada no âmbito desta Corte, o que me levou a pedir vista dos autos para analisar o caso de forma mais atenta e me posicionar.

O denunciado Miguel Luis Pereira Nunes, na condição de sócio-gerente da empresa RODOQUÍMICA INDÚSTRIA, COMÉRCIO E TRANSPORTES DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., habilitada a participar do procedimento licitatório n.º 537-07 – CELCO-CORSAN, teria frustrado e fraudado o caráter competitivo da licitação, apresentando atestado de fornecimento (fl.169) falsificado, com o intuito de atender o item 2.2.4.1 do edital (comprovação de qualificação técnica).



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

A falsidade consistiria em declaração firmada pelo Engenheiro Químico João Eduardo Vieira, dando conta da Empresa RODOQUÍMICA ter fornecido a PROJESAN SANEAMENTO AMBIENTAL LTDA., da qual este é sócio, determinada quantidade de produto compatível com o objeto do procedimento licitatório (960 toneladas de cloro liquefeito).

Desconfiada da idoneidade do documento apresentado, a Comissão de Licitação determinou ao licitante que comprovasse o negócio havido, tendo ele exibido notas fiscais relativas à operação, as quais, depois, conforme informado pela Secretaria da Fazenda, vieram a ser canceladas e a empresa emitente estava na posse de todas as vias, demonstrando que a operação efetivamente não se realizou (fls.420/456).

Ademais, o suposto firmatário do atestado de fornecimento reconheceu tanto na fase extrajudicial quanto em juízo (fls.251, 490/492), que a assinatura constante da declaração não é sua, não tendo realizado a operação de venda consignada no atestado.

A discussão que se estabelece é se a conduta do agente, de apresentar atestado falsificado para comprovar a qualificação técnica exigida pelo edital para demonstrar a aptidão da empresa para fornecimento e prestação de serviços de complexidade tecnológica e operacional equivalente constitui crime contra a lei de licitações.



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Na dicção do art. 90, da Lei nº 8.666/93, “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

Entendo que a utilização de documento falso pelo sócio da empresa subsume-se ao tipo penal como “outro expediente”, por meio do qual visava a tolher a competitividade do procedimento licitatório e, assim, lograr-se vencedor da disputa. O delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu, uma vez que a Comissão de Licitações, ao efetivar diligências para reconhecimento da validade da proposta descobriu que a empresa não satisfazia todos os requisitos do edital, restando inabilitada à participação na concorrência pública nº 537/07.

Não é imprescindível, à configuração do tipo penal, o concurso de pessoas, como sócios de duas empresas que, mediante ajuste, retirem a competitividade do certame, bem como não se mostra imprescindível que uma das empresas atue em conluio com o poder público para que a licitação reste frustrada ou fraudada. O tipo penal, ao incluir na sua redação “outro expediente” admite que a realização da conduta seja feita por apenas uma pessoa, e essa ação é compatível com a utilização de documentos falsos,



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

utilizando subterfúgios ilícitos para que a empresa por representada consagre-se vencedora.

Neste sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do HC 86858/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18 de novembro de 2008³. Nesta oportunidade a Corte Superior analisou recurso de sócio de uma empresa que havia sido condenado à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, convertida em duas medidas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 90, da Lei 8.666/93, c/c art. 14, inc. II, do CP. Nas razões, o paciente alegava que para a ocorrência do tipo penal em questão, seria necessária a pluralidade de agentes, o que não se verificava na hipótese.

O paciente, participando de processo licitatório efetuou a troca de propostas, substituindo o primeiro envelope por outro de valor mais elevado, com base na confiança de que seria o único licitante. Ele realizou a ação sem o consentimento de nenhum dos membros da Comissão de

³ “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 90 DA LEI 8.666/93. TENTATIVA. REDUÇÃO MÍNIMA. DELITO QUE SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente: quanto mais perto da consumação, menor a redução. 2. No caso, a fraude no procedimento licitatório (tomada de preços) foi descoberta já na ocasião da abertura dos envelopes contendo a documentação de habilitação e propostas. 3. Demonstrando as instâncias ordinárias que o paciente percorreu quase todo o caminho do crime, mostra-se correta a redução em 1/3 (um terço). 4. Ordem denegada”.



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Licitação, aproveitando-se da retirada dos mesmos para uma sala contígua onde seria lavrada a ata, efetuou a troca, pretendendo obter vantagem em processo licitatório com o maior preço pelos seus produtos em detrimento do erário público e demais concorrentes. O Ministro Relator consignou que a tentativa de fraude afigurou-se incontestável, assim como a proximidade em atingir a plenitude da conduta criminosa, que não se operou por circunstâncias alheias a sua vontade.

Assim, tenho que a ação do réu de buscar a falsificação de um documento para fins de habilitação em certame público visa a um só fim: lograr-se vencedor na disputa, não passando de um meio necessário ao fim perseguido, qual seja a de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação.

Dessa forma há viabilidade acusatória, impondo-se a verificação da materialidade e autoria delitiva, análise satisfeita no parecer ministerial, cujas razões reproduzo e adoto como razões de decidir:

*A **materialidade** e **autoria** do delito estão consubstanciadas nas provas documental e testemunhal produzidas no curso da instrução, as quais foram devidamente analisadas pela Promotora de Justiça Dr.^a Maria Lúcia Kurtz Amantino da Silva Algarve nas alegações finais apresentadas (fls. 575-578), as quais, inclusive, foram utilizadas na decisão do magistrado sentenciante Dr. Honório Gonçalves da Silva Neto (fls. 599verso-602verso) como fundamentos*



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

para condenação do acusado, parcialmente transcritas, como forma de homenagear o trabalho da colega e a fim de evitar desnecessária tautologia:

[...]. A não realização da operação de circulação de mercadorias ainda é comprovada pelas notas fiscais n.ºs 13633, 13715, 13855 e 13900. Explica-se: diante da dúvida acerca da veracidade do conteúdo do documento da fl. 169, a comissão de licitação solicitou à empresa do acusado, fossem juntadas notas fiscais comprobatórias da venda atestada. As notas alcançadas, entretanto, traziam no seu corpo a expressão cancelada e todas as vias (em n.º de 04) encontravam-se na posse da empresa Rodoquímica Indústria, Comércio e Transporte de Produtos Químicos Ltda., situação condizente com a não circulação das mercadorias.

“De acordo com a análise feita pela Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul – 13ª Divisão de Fiscalização de Lajeado, o cancelamento das notas fiscais aponta para a não realização da circulação de mercadoria (fls. 85/87).

“Desta análise é possível concluir que o conteúdo do Atestado de Fornecimento apresentado é falso, já que a entrega nele referida nunca aconteceu.

“Contudo, a análise da Secretaria Estadual da Fazenda foi além. Buscando as notas fiscais de número aproximado àquelas apresentadas à Comissão de Licitação, concluiu (fls. 420/456):

“Analisando-se atentamente os documentos fiscais acima relacionados especificamente quanto aos números dos formulários e respectivos números das notas fiscais e datas de emissão, pode-se concluir que as notas fiscais de n.º 13666, 13715, 13855 e 13900, cujos Formulários Contínuos utilizados foram os de n.º 15253, 15259, 15269 e 15279, respectivamente, teriam sido emitidas em datas posteriores àquelas constantes dos respectivos documentos.

“As datas que aparecem sendo de emissão destas notas fiscais são de 01/12/2007, 05/12/2007, 09/01/2007 e 21/01/2008, respectivamente, para as de n.ºs 13633 (formulário de n.º 15253), 13715 (formulário de n.º 15259), 13855 (formulário de n.º 15269) e, 13900 (formulário de n.º 15279). No entanto, considerando-se a obrigatoriedade da utilização sequencial dos



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

formulários, a data de emissão destes documentos seria próxima a 25/03/2008, pois é neste período que a empresa estava efetivamente utilizando os formulários desta numeração. Já no período de 30/11/2007 a 30/01/2008, os formulários que estavam sendo utilizados são os de numeração bem inferior (n.ºs 14046 a 14412).

“Outro aspecto a ser considerado é quanto à falta de correlação dos intervalos de numeração entre as notas fiscais de n.ºs 13663, 13715, 13855 e 13900 e os respectivos formulários de n.ºs 15253, 15259, 15269 e 15279.

“[...] Ou seja: A empresa utilizou o formulário de n.º 15253 para emitir a nota fiscal de n.º 13633 e, para emitir a nota fiscal de 13715 (a 52ª nota fiscal posterior), utilizou o 6º formulário posterior (n.º 15259) e assim também nos intervalos sucessivos: para emitir a 140ª nota fiscal posterior, utilizou o 10º formulário seguinte e, a 45ª nota fiscal posterior, o 10º formulário seguinte.

“Apenas a título de esclarecimentos salientamos:

Os números sequenciais dos formulários contínuos são pré-impressos pela gráfica, enquanto que as numerações das notas fiscais são impressas pelo próprio emitente, no momento da emissão, e

A utilização dos Formulários Contínuos deve ser feita em ordem crescente de numeração, assim como a numeração das notas fiscais deve ser impressa em ordem sequencial consecutiva, independentemente da pré-impressa dos respectivos formulários.

“Os esclarecimentos trazidos pelo agente fiscal do Tesouro do Estado, Edemar Pedro Berté, são bastante ilustrativos. Comprovam o dolo do agente de ludibriar o ente público, “confeccionando” notas fiscais oportunamente apenas para tentar comprovar a circulação da mercadoria consignada no atestado de fornecimento falso apresentado.

“Afastada, portanto, a alegação de venda futura feita tanto pela defesa pessoal, quanto pela técnica.

*“Atente-se para o fato de o agente fiscal afirmar que, de acordo com o n.º dos formulários contínuos utilizados, a emissão das notas deve ter sido feita em meados de **25/03/2008**, em que pese tenham como datas de emissão 01/12/2007, 05/12/2007, 09/01/2007 e 21/01/2008.*



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

*“O período – **março de 2008** – coincide com a solicitação da comprovação do fornecimento atestado (Of. 028/08 – SUTRA/CORSAN, datado de 10 de março de 2008) e a resposta encaminhada pela empresa Rodoquímica Indústria, Comércio e Transportes de produtos Químicos Ltda., datada de 18 de março de 2008.*

*“Dito de outro modo, **a prova dos autos demonstra que o réu, diante da provocação da CORSAN, providenciou notas fiscais que nunca corresponderam à verdadeira circulação de mercadorias, cancelando-as na sequência – evitando o pagamento de impostos – com o intuito de apresentá-las à empresa licitante e, assim, manter a farsa iniciada com a apresentação do atestado de fornecimento falso.***

“A análise técnica é endossada pelo testemunho em Juízo do agente fiscal do Tesouro do Estado Edegar Pedro Berté (fls. 467/468).

“As demais testemunhas de acusação também reforçaram a prova documental.

“Iraçu Alberti (406/409) e Vinicius Wollman Garcia (4010/411), membros da comissão de licitação da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, afirmaram ter o réu apresentado atestado de fornecimento com assinatura aparentemente forjada, motivo pelo qual diligenciaram no sentido de obter informações junto a empresa Projesan Saneamento Ambiental Ltda. acerca da higidez do documento e, não recebendo resposta, solicitaram as notas fiscais capazes de comprovar a circulação da mercadoria que, submetidas à análise pela Secretaria Estadual da Fazenda, demonstraram não ter havido a circulação das mercadorias nelas consignadas.

“Nelson da Silva, nas oportunidades em que foi ouvido (fls. 254/256 e 526/527) afirmou que sua empresa participou do certame junto com a empresa do réu e, percebendo algumas irregularidades, apontou-as por meio dos instrumentos administrativos postos à disposição dos concorrentes. No mais, suas colocações baseiam-se nas informações que obteve posteriormente à análise dos fatos.

“As testemunhas de defesa, por sua vez, são meramente abonatórias.

“Interrogado, o réu (fls. 568/570) negou os fatos. Disse ser verdadeiro o documento juntado aos autos do expediente administrativo, assim como



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

afirmou que as notas apresentadas referiam-se à venda futura que não se realizou por questões de ordem prática.

“As declarações do réu não encontram nenhum amparo na prova dos autos. A falsificação do documento apresentado, em especial do seu conteúdo, foi atestada pela testemunha João Eduardo Vieira e a referendada pela análise das notas fiscais. Como se disse, os documentos das fls. 420/456 afastam a alegação de venda futura que não se realizou, demonstrando o agir doloso do acusado.

“Apenas para que não fique sem enfrentamento, durante o inquérito policial, alegou o acusado que a responsabilidade pelos documentos entregues à comissão de licitação era de Renê Esquia, responsável pelo setor comercial da sua empresa (fls. 263/267). Entretanto, ouvido Renê Clement de Vasconcellos Esquia, negou ter providenciado qualquer documento a ser apresentado no certame, juntando CTPS que comprova ter sido admitido pela empresa CIN Indústria e Comércio Ltda., também de propriedade do réu, de janeiro a agosto de 2009 (fls. 277/283).”

*Do contexto probatório dos autos e, sobretudo, pela análise dos depoimentos das testemunhas ouvidas e do relato prestado pelo acusado, está suficientemente demonstrada à **tentativa de fraude à licitação** realizada pelo réu, bem como plenamente delineada a responsabilidade do recorrente **Miguel Luis Pereira Nunes** pelo crime descrito na inicial acusatória, artigo 90, “caput” da Lei n.º 8.666/93, o qual dispõe: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.*

Portanto, escoreita a condenação exarada em desfavor do apelante, não havendo como falar em absolvição por insuficiência de provas, como postula sua defesa, pois a conduta por ele praticada foi grave e violou a legislação vigente, atinente às regras relativas aos procedimentos licitatórios insculpidas na Lei n.º 8666/93.



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Destarte, constituindo finalidade da lei punir todo aquele que frustra ou frauda a disputa do procedimento licitatório com o intuito de obter vantagem, preservando a moralidade administrativa e a livre concorrência, deve ser mantida a condenação do denunciado nas iras do art. 90, da Lei nº 8.666/93.

No que tange à pena aplicada, o reconhecimento da minorante da tentativa em $\frac{1}{2}$ está em consonância com o *iter criminis* percorrido pelo agente, haja vista que ele estava em fase de habilitação (envelopes 01), não chegando a passar à fase da abertura dos envelopes com as propostas (fls.120/121), razão pela qual a redução da pena, totalizando 01 (um) ano de detenção, está bem apurada.

Inviável a aplicação do art. 77, do CP, porquanto o réu já teve a sua pena substituída por restritiva de direito, bem como inaplicável, ao caso, a disposição do art. 89, da Lei nº 9.099/95, em face da pena mínima prevista para o crime ao qual o réu foi condenado.

Pelo exposto, voto para negar provimento ao apelo da defesa e ao apelo ministerial, renovando vênias ao eminente Relator.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (REVISOR)



RGL

Nº 70057882276 (Nº CNJ: 0512854-08.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Após o pedido de vista do Des. Rogério Gesta Leal, estou pedindo vênua ao eminente Relator, para acompanhá-lo, fazendo minhas as suas palavras.

- Presidente - Apelação Crime nº 70057882276, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AO APELO DA DEFESA, VENCIDO O RELATOR, QUE DAVA PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA DEFESA, PARA DESCLASSIFICAR O FATO IMPUTADO PARA O ART. 304 DO CP E BAIXAR O PROCESSO PARA PROPOSTA DE SUSPENSÃO PREVISTA NO ART. 89 DA LEI Nº 9099/95, E JULGAVA PREJUDICADA A APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, TUDO NOS TERMOS DOS VOTOS PROFERIDOS EM SESSÃO."

Julgador(a) de 1º Grau: HONORIO GONCALVES DA SILVA NETO