

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2018/0342416-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 485.791 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032673820124030000 32673820124030000 50191936120184030000

EM MESA

JULGADO: 07/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GIOVANNA CARDOSO GAZOLA E OUTROS
ADVOGADOS : JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA - SP107106
GIOVANNA CARDOSO GAZOLA - SP194742
FERNANDA PETIZ MELO BUENO - SP329214
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : EDNILSON ARTIOLI
PACIENTE : SAMUEL MODA
CORRÉU : DIEGO DE NADAI
CORRÉU : JOSE EDUARDO FIGUEIREDO LEITE
CORRÉU : FLÁVIO BIONDO
CORRÉU : HERALDO PUCCINI NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA (P/PACTES) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, com extensão dos efeitos da presente decisão aos demais codenunciados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

C512561101:90M=150@ 2018/0342416-5 - HC 485791

HABEAS CORPUS Nº 485.791 - SP (2018/0342416-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GIOVANNA CARDOSO GAZOLA E OUTROS
ADVOGADOS : JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA - SP107106
GIOVANNA CARDOSO GAZOLA - SP194742
FERNANDA PETIZ MELO BUENO - SP329214
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : EDNILSON ARTIOLI
PACIENTE : SAMUEL MODA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE PRESENTE. 3. ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA FRAUDE. CARÁTER COMPETITIVO PRESERVADO. NARRATIVA DE FATOS POSTERIORES AO CONTRATO. 4. DESCRIÇÃO DE IRREGULARIDADES. NARRATIVA QUE NÃO REVELA, POR SI SÓ, A PRÁTICA DE CRIMES. 5. ART. 96, V, DA LEI N. 8.666/1993. FRAUDE NA AQUISIÇÃO DE BENS OU MERCADORIAS. IMPUTAÇÃO DE FRAUDE PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDUTA NÃO ABRANGIDA. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE PENAL. 6. ART. 1º, III, DO DL 201/1967. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. PAGAMENTO DE CONTRATO SUPERFATURADO. DOLO ESPECÍFICO NÃO DESCRITO. 7. ELEMENTARES DOS TIPOS PENAIIS NÃO NARRADAS. DENÚNCIA DEFICIENTE. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. 8. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do *habeas corpus* em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da

conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

3. Para configurar o tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, necessário ficar demonstrada a quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada pelo mero ajuste, combinação ou outro expediente apto a frustrar ou **fraudar o procedimento licitatório**. Da leitura da denúncia, não se observa em que consistiria eventual fraude perpetrada pelos pacientes, ainda que em concurso, com o objetivo de frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, uma vez que a licitação, na modalidade concorrência pública, **efetivamente ocorreu, participando dela 5 concorrentes**. Ademais, não se verifica eventual ajuste prévio entre as concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação, constando da inicial acusatória apenas fatos posteriores à contratação, os quais não indicam qualquer irregularidade prévia à própria licitação, mas meras conjecturas, que não podem subsidiar uma imputação penal.

4. Relevante assentar que os tipos penais trazidos na Lei de Licitações não têm a finalidade de criminalizar o mero descumprimento de formalidades, mas sim o descumprimento com a intenção de violar os princípios cardeais da administração pública. Com efeito, "irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa consistente tipicidade material _ ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório". (Inq 3962/DF, rel. Min ROSA WEBER, julgamento em 20/2/2018).

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no mesmo sentido de que "o art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. O tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu" (REsp n. 1.571.527/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 25/10/2016).

6. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que é indispensável estar devidamente descrito o dolo específico de acarretar prejuízo ao erário, para ficar

configurado o crime do art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967. Contudo, não há descrição do dolo específico do ex-prefeito nem do secretário de obras de desviar ou aplicar indevidamente rendas ou verbas públicas, mas mera afirmação de superfaturamento e de indícios de favorecimento, os quais nem ao menos são descritos na inicial acusatória.

7. A denúncia, apesar de narrar diversas irregularidades, é deficiente, não descrevendo todos os elementos necessários à responsabilização penal dos pacientes. Com efeito, embora o réu se defenda dos fatos e não da capitulação legal a ele atribuída pelo Ministério Público, mister a adequada compreensão da imputação, com a descrição de todos os elementos do tipo penal, sob pena de a defesa ter que se defender de conduta que nem ao menos preenche adequadamente a tipicidade penal. Anoto que não se está a afirmar que as condutas imputadas são atípicas, mas sim que o Ministério Público não se desincumbiu de narrar todos os elementares do tipos penais, o que dificulta, sobremaneira, a ampla defesa.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para trancar a Ação Penal n. 0003267-38.2012.4.03.0000, **haja vista a inépcia da inicial acusatória**, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, em obediência à lei processual. Encontrando-se os demais codenunciados na mesma situação processual dos pacientes, estendo a eles os efeitos da presente decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, com extensão dos efeitos da presente decisão aos demais codenunciados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. José Luis Mendes de Oliveira Lima (P/PACTES) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 07 de maio de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



HABEAS CORPUS Nº 485.791 - SP (2018/0342416-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GIOVANNA CARDOSO GAZOLA E OUTROS
ADVOGADOS : JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA - SP107106
GIOVANNA CARDOSO GAZOLA - SP194742
FERNANDA PETIZ MELO BUENO - SP329214
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : EDNILSON ARTIOLI
PACIENTE : SAMUEL MODA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDNILSON ARTIOLI e de SAMUEL MODA apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados, em concurso com outros 4 corréus, como incurso nos arts. 90 e 96, inciso V, da Lei n. 8.666/1993 e no art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967 c/c os arts. 29 e 30 do Código Penal, em continuidade delitiva. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 140):

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 41 DO CPP. DECISÃO FUNDAMENTADA. ATIPICIDADE DO DELITO PREVISTO NO ART. 96, V, LEI 8666/93. ORDEM DENEGADA. 1. Somente é admissível, na via estreita do habeas corpus, o trancamento de ação penal se evidente a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias que não foram evidenciadas no presente caso. 2. A denúncia descreve, de formas satisfatória e objetiva, os elementos necessários à instauração da ação penal, em atenção ao que dispõe o art. 41, do Código de Processo Penal. 3. O ato de receber a denúncia é um despacho ordinatório e não possui o caráter predominantemente decisório. Consequentemente, basta a análise das condições da ação e da existência, em tese, da infração penal, para que se inicie a persecução, não constituindo ofensa ao princípio da fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário (art. 93, IX, CF) o simples recebimento da denúncia. 4. A decisão dispôs expressamente quanto à presença dos requisitos para o

recebimento da denúncia. Aprofundar a questão se a área atingida é ou não objeto material dos crimes narrados na denúncia, implica, necessariamente, em exame probatório, inadmissível na via estreita do habeas corpus. 5. O réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação ínsita na denúncia que, se por ventura equivocada, poderá ser alterada no decorrer do processo, sem que haja prejuízo para a defesa. 6. A impetração não demonstrou a inexistência de justa causa a reclamar o trancamento da ação penal. 7. Ordem denegada.

No presente *mandamus*, a defesa alega, em um primeiro momento, que a denúncia é inepta, uma vez que não se descreve qualquer conduta delituosa praticada pelos pacientes, que "foram denunciados apenas por serem, na época dos fatos, administradores da Construtora Estrutural Ltda".

Aponta, outrossim, que a inicial é carente de justa causa, haja vista a ausência de "qualquer indício de que teriam praticado ou determinado qualquer fraude à licitação, tampouco concorrido para o suposto desvio de verba pública, como exigem os tipos penais a eles atribuídos". Por fim, assevera não estar corretamente demonstrada a tipicidade de cada delito imputado.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da Ação Penal n. 0003267-38.2012.4.03.0000 e, no mérito, pelo seu trancamento.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 171/173, as informações foram prestadas às e-STJ fls. 177/180 e 181/182, e o Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 184/194, pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DE RHC. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DENÚNCIA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESCRIÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA. PEÇA FORMALMENTE PERFEITA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA EXTINÇÃO DO WRIT SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 485.791 - SP (2018/0342416-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca o impetrante, em síntese, o trancamento da ação penal, por considerar a denúncia inepta e carente de justa causa. Contudo, como é cediço, a providência perseguida somente é possível, na via estreita do *habeas corpus*, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que "o trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito" (RHC n. 43.659/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 4/12/2014, DJe 15/12/2014).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível, como referido alhures, com o rito sumário do *mandamus*.

No caso dos autos, o impetrante considera que a denúncia é inepta e carente de justa causa, motivo pelo qual se faz mister sua transcrição (e-STJ fls. 29/48):

I - SÍNTESE DAS IMPUTAÇÕES PENAIS

Consta dos autos que DIEGO DE NADAI, na qualidade de Prefeito Municipal, FLÁVIO BIONDO, na qualidade de Secretário de Obras, ambos da Prefeitura do Município de Americana/SP, valendo-se dos cargos públicos que exerciam, previamente acertados e com unidade de desígnios, juntamente com HERALDO PUCCINI NETO, na qualidade de sócio-administrador da empresa "DELTA CONSTRUÇÕES S/A" e SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI, ambos sócios-administradores da empresa "CONSTRUTORA ESTRUTURAL LTDA.", que junto com a outra empresa compõe o "CONSÓRCIO PARQUE" e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, sócio-administrador da empresa "HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA", contratada pela Prefeitura de Americana/SP para gerenciar as obras de engenharia previstas no contrato celebrado entre a Prefeitura e o Consórcio Parque, frustraram e fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório instaurado para drenagem, canalização e preservação dos Córregos do Parque, Pylles e São Manoel e implantação do Parque Linear Quilombo, mediante vários expedientes fraudulentos, com o propósito de proporcionar vantagem indevida decorrente da adjudicação do objeto da licitação para as indigitadas pessoas jurídicas e seus administradores, sem a devida competitividade, com valores superfaturados.

Consta, ademais, que os acusados DIEGO DE NADAI, FLÁVIO BIONDO, na qualidade de prefeito e secretário de obras do município de Americana/SP, respectivamente, e HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA, EDNILSON ARTIOLI e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, na qualidade de administradores das empresas DELTA CONSTRUÇÕES S/A, CONSTRUTORA ESTRUTURAL LTDA. e HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA, em conluio e unidade de desígnios, fraudaram licitação pública para execução das obras de drenagem e

canalização dos Córregos do Parque, Pylles e São Manoel, e implementação de Parque Linear às margens do Ribeirão do Quilombo do Consórcio Parque, realizada com a utilização de recursos do Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT - Depósitos Especiais e do Fundo de Participação PIS/PASEP, alterando sensivelmente o objeto licitado, tornando injustamente mais onerosa a execução do contrato, em prejuízo da Fazenda Pública Municipal de Americana e das finalidades do Programa de Aceleração do Crescimento, idealizado e instituído pelo Governo Federal para estimular a economia brasileira por meio do Investimento em obras de infraestrutura.

Consta, ainda, que o ex-prefeito de Americana, DIEGO DE NADAI, contando com a atuação do ex-secretário de obras do município de Americana à época dos fatos, FLÁVIO BIONDO, em concurso e unidade de desígnios com os empresários HERALDO PUCCINI NETO, na qualidade de sócio-administrador da empresa "DELTA CONSTRUÇÕES S/A", SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI, ambos sócios-administradores da empresa "CONSTRUTORA ESTRUTURAL LTDA." e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, sócio-administrador da empresa "HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA", desviaram e utilizaram-se, em proveito próprio ou alheio, de verba pública de que o então prefeito tinha a posse em razão do cargo de prefeito no período de novembro de 2010 a agosto de 2011, no montante de R\$ 24.926.703,22, em abril de 2012¹ (fls. 29 e 230/231)².

II - DOS FATOS

O Ministério das Cidades publicou em 09/06/2009 a Instrução Normativa n° 25/2009, homologando processo seletivo exclusivo para empreendimentos na modalidade Manejo das Águas Pluviais, inseridos no Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, sendo que para o município de Americana/SP, foram selecionadas quatro operações, cada uma delas para um curso d'água específico.

Em 18/06/2010, o Município de Americana e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, celebraram Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito n° 09.2.1516.1, no valor de R\$ 62.871.961,00 (sessenta e dois milhões, oitocentos e setenta e um mil, novecentos e sessenta e um reais), tendo por objeto a canalização e urbanização das margens dos córregos São Miguel, do Parque e Pylles e implantação do Parque Linear às margens do Ribeirão Quilombo. Um único Contrato de Financiamento referente às intervenções selecionadas no PAC, incluiu os quatro projetos³ (e quatro Termos de Habilitação pelo Ministério das Cidades) que, em conjunto visavam propiciar uma solução completa ao problema de drenagem urbana do município de Americana/SP e proporcionar mais opções de mobilidade e de lazer à

população. Os recursos para a realização das obras eram compostos, dentre outras fontes, pelos recursos do Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT - Depósitos Especiais e do Fundo de Participação PIS/PASEP.

A Prefeitura de Americana instaurou, em janeiro de 2010, procedimento licitatório, na modalidade Concorrência Pública, para a execução das obras dos projetos, com valor estimado no edital de R\$ 75.531.096,78 (setenta e cinco milhões, quinhentos e trinta e um mil, noventa e seis reais e setenta e oito centavos). A licitação foi instaurada com base, exclusivamente, em projeto básico e a planilha orçamentária previu a elaboração de projetos complementares, que, na realidade, constituíam os projetos executivos. No certame, sagrou-se vencedor o Consórcio Parque, formado pelas empresas Delta Construções S/A e Construtora Estrutural Ltda., que firmou contrato com a Prefeitura Municipal de Americana/SP em 29/06/2010. Foi instaurado também, procedimento licitatório para a contratação de consultoria para prestação de serviços de gerenciamento das obras pelo Município de Americana/SP (Concorrência Pública nº 03/2010) e a única licitante a apresentar proposta foi a empresa HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA., que celebrou contrato com a Prefeitura de Americana em 19/10/2010, no valor de R\$ 3.650.728,00 (três milhões, seiscentos e cinquenta mil, setecentos e vinte e oito reais).

As obras estavam em curso quando vereadores daquele município apresentaram representação a esta Procuradoria da República e à Procuradoria Regional da República em São Paulo noticiando a existência de indícios de diversas irregularidades, o que ensejou a instauração do Inquérito Civil Público (ICP) nº 1.34.008.000408/2011-39 na PRM/Piracicaba e deste inquérito policial, por requisição da PRR3 (Procuradoria Regional da República da 3ª Região), face ao suposto envolvimento de agente público com prerrogativa de foro.

Após a oitava liberação dos recursos⁴, em setembro de 2011, durante o exercício regular de acompanhamento do projeto, o BNDES suspendeu o repasse de verbas face às significativas alterações no orçamento inicialmente proposto para o Córrego do Parque, bem como uma sensível diminuição dos quantitativos pretendidos e de valores a serem destinados aos demais projetos.

A Prefeitura prestou esclarecimentos, alegando que as alterações foram, na verdade, uma readequação dos valores de aplicação de recursos nos quatro projetos, diminuindo os valores dos projetos dos Córregos Pylles, Córrego São Manoel e Ribeirão Quilombo, e "redirecionando" os recursos para o Córrego do Parque, inclusive incluindo a construção de um "Parque Linear" às suas margens.

O Tribunal de Contas da União - TCU, no âmbito da fiscalização

das atividades do BNDES, referendou a suspensão do financiamento, até que fossem apresentados pelo município de Americana/SP novos estudos técnicos que comprovassem a preservação dos objetivos Iniciais do financiamento ou alteração dos Termos de Habilitação (Acórdão 340/2012, de 15/02/2012, fls. 153/157).

O Ministério das Cidades, suplementando a atuação do BNDES, entre 12 e 14 de março de 2012, supervisionou, por meio de técnicos da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, as quatro operações de manejo das águas pluviais, objeto do Contrato de Financiamento e constatou que a licitação realizada com base no projeto básico proporcionou a completa descaracterização do objeto licitado. Constatou ademais que, mesmo com as significativas alterações nos projetos básicos, a Prefeitura de Americana/SP deu continuidade às obras, sem comunicar ao BNDES, agente financeiro do contrato de financiamento e ao Ministério das Cidades, coordenador das ações de saneamento do PAC. Dos quatro projetos iniciais, apenas dois projetos estavam em andamento naquela ocasião, o Córrego do Parque e o Córrego São Manoel. **Verificou, também, que a "reformulação" do projeto básico por meio dos projetos executivos pode ter beneficiado os executores da obra (Nota Técnica/DAGES/SNSA:MCIDADES n° 630/12, fls. 708/710 do Apenso II).**

Em maio de 2012 a Prefeitura de Americana rescindiu, unilateralmente, o Contrato n° 153/2010 celebrado com o Consórcio Parque sob a alegação da ocorrência de **paralisação dos serviços por mais de 120 dias**, sem comprovada justificativa apresentada à contratante e retomou as obras com meios próprios (fls. 862/863 do ICP, Apenso II).

A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU), realizou, no segundo semestre de 2012, ação de controle no empreendimento objeto de contrato de financiamento entre a Prefeitura Municipal e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDES. Foram analisados os procedimentos relativos à contratação, execução e gerenciamento dos projetos de canalização e urbanização das margens dos córregos São Manoel, do Parque e Pylles e do Parque Linear às margens do Ribeirão Quilombo, bem como a atuação da Prefeitura, do Ministério das Cidades e do BNDES no acompanhamento da implantação do empreendimento (Relatório n° 00190.028054/2011-19, Apenso III).

No relatório apresentado, a CGU identificou um superfaturamento de R\$ 24.926.703,22 (vinte e quatro milhões, novecentos e vinte e seis mil, setecentos e três reais e vinte e dois centavos), apurados em abril de 2012 (fls. 225/226 do Apenso III, vol. I). Apurou irregularidades e falhas em diversas fases da implantação das obras e no processo

licitatório como: a) não parcelamento do objeto a ser contratado; b) inexistência de critérios de aceitabilidade de preços unitários no Edital de Licitação; c) Itens cotados como verba; d) ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas); e) inconsistências nos valores e nas datas-base do orçamento de referência; f) divergência nos índices de reajustamento do contrato e ausência de composições de preços. (fls. 63/81).

Com relação à execução do contrato, constatou a CGU que a elaboração do Projeto Executivo a cargo do Consórcio Parque promoveu uma significativa alteração na concepção inicial do empreendimento, à medida que, em vez de adequar e complementar o Projeto Básico, **projetou uma obra distinta** propondo mudanças das especificações da estrutura e canalização, priorizando a utilização de elementos de concreto pré-moldados; **alterou processos executivos; modificou a concepção dos dispositivos de amortecimento de cheia; suprimiu trechos das obras; adotou percentuais de BDI excessivos e extrapolou o limite de 25% de acréscimo nos aditivos. Essas alterações resultaram em aumento significativo dos quantitativos e na necessidade de inclusão de serviços não previstos no contrato inicial. Tais fatores configuraram a descaracterização do objeto do Contrato n° 153/2010 e acarretaram aumento substancial no valor das obras (fls. 80/101, 134/140, 198/202).**

Constatou, outrossim, que a sequência de irregularidades foi facilitada pelo acompanhamento deficiente realizado pela empresa de consultoria HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA., contratada pela Prefeitura de Americana para fazer o gerenciamento das obras. Verificou-se, que, conquanto tivesse atribuições de acompanhamento e avaliação dos projetos elaborados, a HAGAPLAN acatou as alterações propostas pelo Projeto Executivo, sem questionamentos ou avaliação dos seus impactos no orçamento da obra, bem como não questionou os preços propostos pelo Consórcio Parque para execução de serviços novos, o que acarretou na celebração de termos aditivos contemplando serviços com valores superiores aos praticados no mercado (fls. 202/210).

O relatório da CGU aponta, ainda, divergências nos custos dos serviços do contrato de gerenciamento das obras (Contrato n° 259/2010), tendo sido identificado sobrepreço na amostra analisada, de R\$ 1.014.224,74 em abril de 2012, do qual cerca de 90% se materializou como superfaturamento, ou seja, a Gerenciadora (HAGAPLAN) recebeu, em abril de 2012, R\$ 934.888,16 acima dos valores de mercado.

Outra perícia foi realizada no empreendimento pelo Núcleo de Criminalística da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal do Estado de São Paulo por meio dos Peritos Criminais Federais acompanhados pela equipe técnica do Instituto de

*Pesquisas Tecnológicas - IPT, entre setembro de 2012 e julho de 2013, sendo produzido o Laudo de Engenharia nº 3223/2013-NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 328/443). Constataram irregularidades no processo licitatório, como a **reprogramação dos serviços que descaracterizaram o objeto da licitação**. Sustentaram que "caso a licitação tivesse sido dividida em lotes, a empresa CVS teria vencido o lote correspondente às obras do Córrego do Parque". **Constataram, também, a inclusão de novos serviços e alterações nas quantidades previstas inicialmente na planilha contratual que além de descaracterizar o objeto licitado, superaram em muito os acréscimos permitidos no §1º do artigo 65 da Lei 8.666/93**⁵.*

*Constataram os experts do NUCRIM que os serviços no Córrego do Parque, Córrego Pylles e no Córrego São Manoel foram contratados (de acordo com o Projeto Básico utilizado como base na concorrência) com preço abaixo dos preços medianos de mercado. Contudo, a ocorrência do "jogo de planilha", com a inclusão de novos itens e alteração dos preços e das quantidades originais, culminou com um prejuízo ao erário da ordem de R\$ 24.690.467,96 (vinte e quatro milhões, seiscentos e noventa mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e noventa e seis centavos), valores estes atualizados pela taxa SELIC até 23/08/2013*⁶.

Verifica-se que o prejuízo apurado na auditoria do NUCRIM (Laudo 3223/2013, fls. 328/444) não considerou o superfaturamento relativo aos serviços prestados pela gerenciadora das obras, a empresa HAGAPLAN e totalizou o montante de R\$ 22.405.741,51, em abril de 2012. A fiscalização da CGU (Relatório de Demandas Externas nº 00190.028054/2011-19, fls. 323) apurou o prejuízo de R\$ 23.991.815,06 + R\$ 934.888,16, este último relativo ao superfaturamento dos serviços de consultoria prestados pela HAGAPLAN. Desse modo, deverá ser considerado como prejuízo mínimo o apurado pela auditoria do NUCRIM, acrescidos do superfaturamento da gerenciadora das obras, ou seja, R\$ 22.405.741,51 + R\$ 934.888,16, que totaliza R\$ 23.340.629,67 (vinte e três milhões, trezentos e quarenta mil, seiscentos e vinte e nove reais e sessenta e sete centavos), em abril de 2012 (correspondentes a R\$ 32.297.947,78, em 31/05/2017, na tabela do calculoexato.com.br).

III - DOS CRIMES DE LICITAÇÃO

Segundo relatório de fiscalização da CGU, a Prefeitura de Americana contratou em 2009, com dotação orçamentária da Secretaria de Obras e Serviços Urbanos (PA nº 63563/2009), a empresa de consultoria "HAGAPLAN PLANEJAMENTO E PROJETOS LTDA." para "elaboração de pacotes técnicos para contratação de obras de canalização, reservatórios de amortecimento e parques lineares" (fls. 8/9 do Apenso III).

Com base no pacote técnico de licitação elaborado pela empresa

HAGAPLAN, a Prefeitura Municipal de Americana, instaurou em janeiro de 2010, procedimento licitatório na modalidade concorrência pública, tendo por objeto a execução dos quatro projetos de drenagem, canalização e implantação de parque linear dos Córregos do Parque, Pylles, São Manoel e Ribeirão Quilombo. Dentre os serviços previstos no edital, constava a elaboração dos projetos executivos das obras, já que a licitação seria realizada com base, exclusivamente, em projeto básico datado de 2006. O valor total das obras foi estimado em R\$ 75.531.096,78 e sagrou-se vencedor o Consórcio Parque, formado pelas empresas "Delta Construções S/A" e "Construtora Estrutural Ltda.", conforme tabela a seguir: (...).

Em 29 de junho de 2010, o Município de Americana/SP, à época representado por seu prefeito, o acusado DIEGO DE NADAI e pelo Secretário de Obras, FLAVIO BIONDO, celebrou o Contrato 153/2010 com o Consórcio Parque, representado pelos sócios administradores das empresas DELTA e ESTRUTURAL, HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI. Em outubro/2010, a Prefeitura contratou a empresa HAGAPLAN, representada pelo acusado JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, para gerenciar a obra.

Após o início da execução das obras, com base no projeto executivo elaborado por empresa contratada pelo Consórcio do Parque, as obras foram substancialmente alteradas, sem prévia autorização do BNDES e do Ministério das Cidades. O objeto da licitação sofreu significativa alteração no orçamento inicialmente proposto para o Córrego do Parque, bem como uma sensível diminuição dos quantitativos pretendidos e de valores a serem destinados aos demais itens. Tais alterações descaracterizaram, substancialmente, o objeto pactuado, frustrando o caráter competitivo do procedimento licitatório e favorecendo o Consórcio Parque, vencedor do certame, vez que este apresentou o menor preço, apenas, para as obras do Córrego São Manoel e, com a reprogramação dos serviços, a maior parte dos recursos foi remanejada para as obras do Córrego do Parque.

(...).

Na ação de controle realizada pela CGU constataram-se, ainda, outras Irregularidades, contrárias aos ditames da Lei de Licitações, que também frustraram o caráter competitivo do certame, como o não parcelamento do objeto a ser contratado, o que inviabilizou a participação de empresas que embora não dispusessem de capacidade para a execução da totalidade do objeto, poderiam participar em relação às suas parcelas. Convenientemente, as empresas que se sagraram vencedoras na licitação, ESTRUTURAL e DELTA, em consórcio, apresentaram proposta com valor menor em

relação ao somatório dos quatro projetos. Contudo, o redirecionamento dos valores para o Córrego do Parque, a descaracterização do objeto licitado, somado à falta de critérios de aceitabilidade⁸, permitiu a contratação de itens de serviço com valores acima dos praticados no mercado, os quais tiveram seus quantitativos aumentados no decorrer da execução (fls. 65/82 do Relatório da CGU).

Também foi constatada pela fiscalização da CGU, a extrapolação do limite de 25%⁹ de acréscimo nos aditivos (cinco), que alteraram quantitativos dos serviços contratados, inserindo novos itens de serviços, sob a justificativa de que tais modificações foram devidas à execução de sondagens e projeto executivo definitivo (fls. 98/101 do Relatório da CGU). No balanço final das reprogramações, em função da compensação entre os valores acrescidos e reduzidos, o valor total do contrato não foi alterado. Todavia, a maior parte dos acréscimos de valor adveio da introdução de serviços novos na planilha original, que foram "compensados" com a supressão de obras de canalização do Córrego Pylles e de implantação do parque linear no Ribeirão do Quilombo, mas superaram, em muito os 25% previstos na lei, conforme demonstrado na tabela: (...)

Diante do valor total original do contrato ser de R\$ 74.989.425,51, era possível crescer 25%, ou seja, R\$ 18.747.356,38. Mas, diante do valor das supressões no valor de R\$ 52.003.844,07, o contrato poderia atingir o total de R\$ 41.732.937,82 (74.989.425,51 - R\$ 52.003.844,07 + R\$ 18.747.356,38), conforme valores apresentados na tabela acima. Sendo assim, embora o valor total avençado não tenha sido alterado, os acréscimos totalizaram R\$ 52.003.844,07 (correspondentes às supressões nas outras obras), o que representa um acréscimo de aproximadamente 69% no valor inicial do contrato. Os acréscimos introduzidos com o aumento de quantitativos e inclusão de novos serviços foi determinante para a fraude praticada em detrimento da Fazenda Pública, tornando mais onerosa a execução do contrato.

IV - DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º DO Decreto-Lei 201/67

O ex-Prefeito de Americana, DIEGO DE NADAI, no período outubro de 2010 a agosto de 2011, contanto com a atuação do ex-secretário de obras FLÁVIO BIONDO, bem como de HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA, EDNILSON ARTIOLI e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, empresários, sócios administradores das empresas DELTA, ESTRUTURAL e HAGAPLAN, desviaram, em proveito próprio ou alheio, verba pública, objeto do Contrato nº 153/2010, celebrado entre a Prefeitura Municipal e o Consórcio Parque, com recursos do Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT - Depósitos Especiais e do Fundo de participação PIS/PASEP, financiado pelo BNDES, que visava solucionar o problema de drenagem urbana no município de

Americana/SP.

Conforme restou apurado pela fiscalização da CGU, após o processo licitatório, o vencedor do certame, Consórcio Parque, composto pelas empresas DELTA e ESTRUTURAL, representadas pelos acusados HERALDO PUCCINI NETO, **SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI** sob a alegação de falhas e necessidades de complementação de estudos, apresentaram, por meio do Projeto Executivo, **modificações no projeto inicial, que acarretaram a descaracterização total do objeto licitado (que era composto por quatro projetos distintos) e proporcionou aos envolvidos, por meio do "jogo de planilhas" o desvio dos recursos previstos inicialmente para os quatro projetos, para um único projeto, o Córrego do Parque (fls. 92/97 do Relatório da CGU).**

Constatou a fiscalização da CGU que as **irregularidades tiveram origem no processo licitatório para favorecer o Consórcio Parque, composto pelas empresas DELTA e ESTRUTURAL. Tais irregularidades como a ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas), inconsistências nos valores e nas datas-base do orçamento de referência, divergência nos índices de reajustamento do contrato e ausência de composições de preços unitários, bem como as alterações promovidas pelo Projeto Executivo, resultaram em um aumento significativo dos quantitativos e na necessidade de inclusão de serviços não previstos no contrato inicial. Esta "nova concepção" contemplada no Projeto Executivo não foi objeto de estudos de viabilidade técnica e de análise econômica entre possíveis alternativas de intervenção, ações estas necessárias à definição da alternativa mais viável ou recomendável. Estes fatores, além de descaracterizar o objeto do contrato, acarretaram em um aumento substancial no valor das obras (fls. 64/68 do Relatório da CGU).**

A Gerenciadora da obra, representada pela empresa HAGAPLAN, mais especificamente, seu sócio-administrador JOSE EDUARDO FIGUEIREDO LEITE que deveria fazer o acompanhamento e avaliação dos projetos elaborados, mormente seus impactos no orçamento da obra, não questionou as alterações propostas pelo Projeto Executivo, elaborado pela vencedora da licitação, o Consórcio Parque, representado pelos seus sócios administradores, HERALDO PUCCINI NETO, **SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI**. Apenas para exemplificar a falha no acompanhamento da obra, a CGU citou em seu relatório, o serviço destinado ao escoramento do canal, para o qual o Projeto Executivo propôs a utilização de uma cortina de estacas metálicas espaçadas a cada 1,40m, tendo dimensionado o perfil metálico para resistir aos esforços considerando esse espaçamento. Verificou-se que o Consórcio Parque utilizou estacas em espaçamentos menores (0,50m e 0,80m), mas utilizou o perfil dimensionado para o espaçamento maior. Segundo apurou a

fiscalização a CGU, a gerenciadora não apresentou documentos que registrassem de forma detalhada as análises técnicas, pesquisas de preços ou memórias de cálculos efetuadas, com vistas à avaliação da adequação técnica das alterações propostas, sua viabilidade e impacto financeiro. Desse modo, restou constatado que a gerenciadora se manteve inerte.

Cite-se, ainda, como exemplo de ausência de fiscalização e pagamento a maior ao Consórcio Parque, a questão do "Movimento de terra", descrito pela perícia do NUCRIM (item V.5.2.2, fls. 364/367 do Volume II). Segundo informado pela Prefeitura de Americana, a Secretaria do Meio Ambiente autorizou o Consórcio Parque a depositar material inerte proveniente das escavações do Córrego do Parque no aterro denominado Salto Grande, no município de Americana. De acordo com os itens de serviços pagos até a 23ª medição, com o aval da gerenciadora HAGAPLAN, foram medidos 161.747,21m³ de movimento de terra.

Contudo, a fiscalização do NUCRIM apurou, por meio de imagens do Google Earth e verificado em campo, que a área de despejo de materiais no bota-fora é de no máximo 18.250m². Assim, seria necessário um aterro de, no mínimo 8,8m de altura (161.747,21m³/18.250m²=8,8m) para a compatibilidade com o volume medido apenas para o Córrego do Parque (eis que consta das medições mais 14.081,38m³ medidos da canalização do Córrego São Manoel). Mas, em vistoria no aterro do Salto Grande em 18/07/2013, foi constatado pelos peritos do NUCRIM, que a altura média de material depositado não ultrapassava 1 metro, considerando-se já o adensamento do solo por perda da umidade com o tempo e ainda a presença de entulho não proveniente do canal.

Ressalta-se que fazia parte das atribuições da gerenciadora acompanhar e avaliar os projetos executivos, bem como acompanhar e fiscalizar a execução das obras. Contudo, na ação de controle da CGU foi constatada a falta de análises detalhadas das alterações propostas pelo projeto executivo, a não avaliação da adequação dos aumentos de quantitativos durante a obra, a ausência de registro adequado das ocorrências no diário de obras, falhas na averiguação dos quantitativos medidos, dentre outros. (fls. 207/210 do Relatório CGU - Apenso IH).

Segundo os experts houve superfaturamento na contratação de serviços por custos superiores aos do mercado, medição de serviços em quantidade "a maior" e superdimensionamento das estacas metálicas, no valor de R\$ 16.504.914,68. Apurou-se também superfaturamento na obra do Córrego São Manoel, na ordem de R\$ 610.884,91. Somando-se e aplicando a taxa de BDI de 31,11% (ajustado pela equipe de auditoria para o cálculo do preço da obra), obteve-se um superfaturamento total no Contrato n° 153/2010 no

montante de R\$ 23.991.814,93, em abril de 2012. Também em relação ao contrato de gerenciamento das obras houve um superfaturamento de R\$ 934.888,16, que a gerenciadora recebeu acima dos valores de mercado.

V - DAS AUTORIAS DELITIVAS

O liame entre os acusados para as práticas delitivas, mormente indícios de favorecimento às empresas integrantes do Consórcio Parque pode ser verificado no relatório da ação de controle realizada pela Controladoria-Geral da União (Apenso III, vol. I).

Segundo consta do relatório, a Prefeitura de Americana, representada pelo ex-prefeito DIEGO DE NADAI e seu secretário de obras, FLÁVIO BIONDO, contrataram, com dotação orçamentária da Secretaria de Obras e Serviços Urbanos (PA nº 63563/2009), a empresa de consultoria "HAGAPLAN PLANEJAMENTO E PROJETOS LTDA." para a elaboração de pacote técnico de licitação. Com base neste "pacote técnico", foi realizado o processo licitatório para a execução das obras de drenagem e canalização dos córregos do Parque, Pylles e São Miguel, além das obras do parque linear do Ribeirão Colombo, no qual sagrou-se vencedor o Consórcio Parque, composto pelas empresas DELTA e ESTRUTURAL, representados pelos acusados HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI. Para o gerenciamento da obra, foi realizado outro processo licitatório, na qual sagrou-se vencedora a empresa HAGAPLAN, representada pelo acusado JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE.

Primeiramente, a Prefeitura de Americana contratou, mediante licitação na modalidade convite, a empresa HAGAPLAN para a realização dos "pacotes técnicos" necessários à realização da licitação para contratação das obras de canalização. Dentre os componentes desse pacote técnico, destacam-se as especificações técnicas, a planilha de orçamento das obras, a cotação dos preços não constantes do banco de preços referenciais, os critérios de medição e o cronograma físico-financeiro. A HAGAPLAN Engenharia e a HAGAPLAN Planejamento (que elaborou o pacote técnico) têm como principal sócio JOSÉ EDUARDO.

Os indícios de "conluio" entre os acusados podem ser percebidos pelos atos de seus representantes, como por exemplo, o Consórcio Parque, vencedor da licitação contratou a empresa Velloso Ferreira Engenharia Ltda. para a elaboração do Projeto Executivo, que modificou, sensivelmente, o projeto original, a ponto de descaracterizá-lo. O sócio-gerente desta empresa (Velloso) fazia parte da HAGAPLAN desde janeiro de 2004, empresa que, por sua vez, foi a responsável pela realização dos "pacotes técnicos" para a realização da licitação, que teve como vencedora o Consórcio Parque.

Apurou-se, ainda, que o acusado SAMUEL, administrador da empresa ESTRUTURAL também é sócio-administrador da empresa Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., fornecedora de material pétreo para a obra de canalização. Saliente-se que o Projeto Executivo, elaborado por empresa subcontratada pelo Consórcio Parque promoveu alterações no Projeto Básico que resultaram em aumentos significativos nas quantidades de materiais pétreos utilizados na obra. Da mesma forma, apurou-se que a empresa fornecedora das aduelas pré-moldadas (Betonit Engenharia Indústria e Comércio Ltda.), que também tiveram seu uso significativamente alterado pelo Projeto Executivo, tem o mesmo sócio-administrador, SAMUEL MODA (fls. 218/220, do Apenso III, vol. I).

Neste contexto, concluiu o relatório da ação de controle da CGU sobre a existência de vínculos entre as empresas envolvidas no empreendimento, desde a elaboração dos pacotes técnicos até a execução das obras, que certamente foram essenciais para as fraudes perpetradas e o desvio de recursos públicos.

Dessa forma, DIEGO DE NADAI e FLÁVIO BIONDO, de forma consciente e voluntária, valendo-se dos cargos públicos que exerciam, previamente acertados e com unidade de desígnios, juntamente com HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA, EDNILSON ARTIOLI e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE frustraram e fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório instaurado para drenagem, canalização e preservação dos Córregos do Parque, Pylles e São Manoel e implantação do Parque Linear Quilombo, mediante vários expedientes fraudulentos, com o propósito de proporcionar vantagem indevida decorrente da adjudicação do objeto da licitação para as pessoas jurídicas das quais HERALDO, SAMUEL, EDNILSON e JOSÉ EDUARDO eram sócios, sem a devida competitividade, com valores superfaturados.

Também de forma consciente e voluntária, DIEGO DE NADAI, FLÁVIO BIONDO, HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA, EDNILSON ARTIOLI e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, em conluio e unidade de desígnios, fraudaram licitação pública para execução das obras de drenagem e canalização dos Córregos do Parque, Pylles e São Manoel, e implementação de Parque Linear às margens do Ribeirão do Quilombo do Consórcio Parque, realizada com a utilização de recursos do Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT - Depósitos Especiais e do Fundo de Participação PIS/PASEP, alterando sensivelmente o objeto licitado, tornando injustamente mais onerosa a execução do contrato, em prejuízo da Fazenda Pública Municipal de Americana e das finalidades do Programa de Aceleração do Crescimento, idealizado e instituído pelo Governo Federal para estimular a economia brasileira

por meio do investimento em obras de infraestrutura.

Finalmente, o ex-prefeito de Americana, DIEGO DE NADAI, contando com a atuação do ex-secretário de obras do município de Americana à época dos fatos, FLÁVIO BIONDO, em concurso e unidade de desígnios com os empresários HERALDO PUCCINI NETO, na qualidade de sócio-administrador da empresa "DELTA CONSTRUÇÕES S/A", SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI, ambos sócios-administradores da empresa "CONSTRUTORA ESTRUTURAL LTDA." e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE, sócio-administrador da empresa "HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA", desviaram e utilizaram-se, em proveito próprio ou alheio, de verba pública de que o então prefeito tinha a posse em razão do cargo de prefeito no período de novembro de 2010 a agosto de 2011, no montante de R\$ 24.926.703,22, em abril de 2012.¹⁰

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia DIEGO DE NADAI, FLÁVIO BIONDO, HERALDO PUCCINI NETO, SAMUEL MODA, EDNILSON ARTIOLI e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO LEITE como incurso nas penas dos artigos 90 e 96, V, da Lei nº 8.666/93, c.c. artigo 1º, III, do Decreto-lei nº 201/67 c/c art. 29, art. 30 e art. 71, todos do Código Penal, requerendo que, recebida e autuada a presente denúncia, sejam os denunciados citados para apresentar defesa escrita nos termos do art. 396 do CPP¹¹, dando-se regular prosseguimento ao processo até final condenação, ouvindo-se as testemunhas arroladas abaixo.

O Magistrado de origem, ao analisar a alegada inépcia da denúncia, em duas oportunidades, por ocasião do seu recebimento e ao analisar a resposta à acusação, consignou que (e-STJ fls. 135/136):

*Preliminar de inépcia da denúncia. A denúncia contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação do crime e o rol das testemunhas, atendendo, assim, ao preceituado no art. 41 do CPP, pelo que não há que se falar em inépcia formal da peça inaugural. **Com efeito, a denúncia, em diversas passagens, descreve as supostas condutas praticadas pelos réus, vinculando-os ao contexto fático, de modo que o aferimento da pertinência ou não da imputação resolve-se no mérito.** É sólida a jurisprudência no sentido de que nos crimes coletivos ou societários não se exige para a denúncia a descrição minuciosa dos atos perpetrados por cada indivíduo, bastando a existência de fortes indícios da autoria delitiva, nos limites da razoabilidade, porquanto se faz difícil, de início, individualizar condutas que são concebidas e quase sempre executadas a portas fechadas: (...). Preliminar*

rejeitada.

(...).

No caso vertente, o MPF descreve que os réus firmaram instrumentos que documentam etapas da licitação e da execução do contrato, não se tratando de mera imputação em decorrência de posição societária. Ademais, descreve-se a existência de imbricações nas participações societárias, conexões temporais e manipulação no objeto da licitação e do contrato que sugerem a existência de conluio prévio de interessados a fim de afetar o caráter competitivo de licitação e obter vantagem a partir do contrato a ser celebrado.

O Tribunal de origem, por seu turno, considerou que, "do quanto é possível extrair da documentação encartada nestes autos, verifico que a denúncia relata os fatos de forma pormenorizada e conclui que os pacientes atuaram para a prática dos delitos mencionados". Consignou, ainda, que (e-STJ fls. 137/139):

Hipótese em que a paciente foi denunciada pela suposta prática de crime previsto na Lei de Licitações porque a empresa da qual seria sócia teria celebrado contrato com o Poder Público para a execução de obra sem a prévia observância do procedimento licitatório.

Nesse particular, observe-se que, nos societários, em que a autoria crimes nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, mas, mostra-se necessário que a acusação indique o necessário vínculo entre os denunciados e a empreitada criminoso a eles imputada.

Consta da denúncia que foram indicadas as provas e indícios da materialidade, autoria e circunstâncias do delito em relação aos pacientes SAMUEL MODA e EDNILSON ARTILOLI, sócios da empresa CONSTRUTORA ESTRUTURAL LTDA., suficientes a desencadear a persecução penal e a dilação probatória.

A denúncia do Ministério Público Federal relata que os denunciados fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório instaurado pela Prefeitura de Americana/SP para drenagem, canalização e preservação dos Córregos do Parque, Pylles e São Manoel e implantação do Parque Linear Quilombo, com o objetivo de proporcionar vantagem indevida decorrente da adjudicação do objeto da licitação para as pessoas jurídicas e seus administradores, sem a devida competitividade e com valores superfaturados.

Segundo a denúncia, o ex-prefeito de Americana, Diego de Nadai, contando com a atuação do ex-secretário de obras do município de

Americana à época dos fatos, Flávio Biondo, em concurso e unidade de desígnios com os empresários Heraldo Puccino Neto, na qualidade de sócio administrador da empresa Delta Construções S/A, SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI, ambos sócios administradores da empresa Construtora Estrutural Ltda. e José Eduardo Figueiredo Leite, sócio administrador da empresa Hagaplan Engenharia e Serviços Ltda, desviaram e utilizaram-se, em proveito próprio ou alheio, de verba pública de que o então prefeito tinha a posse em razão do cargo de prefeito no período de novembro de 2010 a agosto de 2011.

Após o início das obras, com base no projeto executivo existente, os denunciados Heraldo Puccino Neto e os pacientes SAMUEL MODA e EDNILSON ARTIOLI, sob a alegação de falhas e necessidades de complementação de estudos, apresentaram modificações do projeto inicial, que acarretaram a descaracterização total do objeto licitado e proporcionou aos envolvidos, por meio de jogo de planilhas o desvio dos recursos previstos inicialmente para os quatro projetos, para um único projeto, o Córrego do Parque, tornando injustamente mais onerosa a execução do contrato, em prejuízo da Fazenda Pública Municipal de Americana.

Nesse contexto, concluiu o relatório de fiscalização realizado pela Controladoria-Geral da União para ação de controle no empreendimento objeto do contrato de financiamento entre a Prefeitura de Americana e o BNDS, pela existência de vínculos entre as empresas envolvidas no empreendimento, desde a elaboração dos pacotes técnicos até a execução das obras, que certamente foram essenciais para as fraudes perpetradas e desvio de recursos públicos.

Cabe ressaltar que em crimes dessa natureza, é prescindível a descrição individualizada da participação dos agentes envolvidos no fato, não se exigindo, em casos de imputação de crime societário, a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos sócios da pessoa jurídica.

Cumpre salientar, ainda, que o trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, pela excepcionalidade que encerra, somente se viabiliza quando for possível verificar, de plano - vale dizer, sem a necessidade de valoração do acervo fático ou probatório dos autos - as seguintes hipóteses: a) atipicidade dos fatos; b) existência de causa extintiva de punibilidade; ou c) inexistência de qualquer elemento indiciário denotativo da autoria do delito.

Por outro lado, observo que o contrato social das empresas Construtora Estrutural Ltda. e Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., citadas pela denúncia (fls. 1375 dos autos originários), apontam em seus quadros societários, como administradores, CPF n. 068.356.618-01, e CPF n. SAMUEL MODA, EDNILSON ARTIOLI, 062.887.718-80, os quais exercem referidas funções desde 10.10.06

(cfr. Id n. 4039371 a 4041050).

Assim, em razão de a defesa, nestes autos de habeas corpus, não ter rebatido satisfatoriamente tais qualificações, tenho-as como suficientemente demonstradas e, por tal razão, presentes todos os pressupostos e condições de procedibilidade para o prosseguimento da ação penal em face dos pacientes, sendo certo que suas efetivas participações nos delitos deverão ser analisadas por ocasião da sentença, após a instrução probatória.

Por outro lado, como é sabido, o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação insita na denúncia que, se por ventura equivocada, poderá ser alterada no decorrer do processo, sem que haja prejuízo para a defesa.

Assim, não pode o juiz rejeitar a denúncia, por inépcia, mesmo quando entender errada a classificação do crime, já que se trata de irregularidade sanável até a sentença.

Da leitura da denúncia, é possível verificar que os fatos dizem respeito ao procedimento licitatório instaurado para drenagem, canalização e preservação dos Córregos do Parque, Pylles e São Manoel e implantação do Parque Linear Colombo. As irregularidades foram noticiadas pelos vereadores da cidade de Americana/SP, o que ensejou a instauração de inquérito civil público e de inquérito policial.

O "BNDES suspendeu o repasse de verbas face às significativas alterações no orçamento inicialmente proposto para o Córrego do Parque, bem como uma sensível diminuição dos quantitativos pretendidos e de valores a serem destinados aos demais projetos". A prefeitura prestou esclarecimentos, porém "o Tribunal de Contas da União - TCU, no âmbito da fiscalização das atividades do BNDES, referendou a suspensão do financiamento" (e-STJ fl. 34).

A supervisão realizada pelo Ministério das Cidades "constatou que a licitação realizada com base no projeto básico proporcionou a completa descaracterização do objeto licitado" e "verificou, também, que a 'reformulação' do projeto básico por meio dos projetos executivos pode ter beneficiado os executores da obra". Dessarte, a Controladoria-Geral da União analisou "os procedimentos

relativos à contratação, execução e gerenciamento dos projetos", "bem como a atuação da Prefeitura, do Ministério das Cidades e do BNDES no acompanhamento da implantação do empreendimento".

No relatório apresentado pela CGU, identificou-se (e-STJ fl. 36):

*(...) um superfaturamento de R\$ 24.926.703,22 (vinte e quatro milhões, novecentos e vinte e seis mil, setecentos e três reais e vinte e dois centavos), apurados em abril de 2012 (fls. 225/226 do Apenso III, vol. I). Apurou **irregularidades e falhas** em diversas fases da implantação das obras e no processo licitatório como: a) não parcelamento do objeto a ser contratado; b) inexistência de critérios de aceitabilidade de preços unitários no Edital de Licitação; c) Itens cotados como verba; d) ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas); e) inconsistências nos valores e nas datas-base do orçamento de referência; f) divergência nos índices de reajustamento do contrato e ausência de composições de preços. (fls. 63/81).*

Quanto à execução do contrato, registrou-se, ainda, que (e-STJ fl. 36):

*(...) a elaboração do Projeto Executivo a cargo do Consórcio Parque promoveu uma **significativa alteração** na concepção inicial do empreendimento, à medida que, em vez de adequar e complementar o Projeto Básico, projetou uma obra distinta propondo mudanças das especificações da estrutura e canalização, priorizando a utilização de elementos de concreto pré-moldados; alterou processos executivos; modificou a concepção dos dispositivos de amortecimento de cheia; suprimiu trechos das obras; adotou percentuais de BDI excessivos e **extrapolou o limite de 25% de acréscimo nos aditivos**. Essas alterações resultaram em **aumento significativo dos quantitativos** e na necessidade de inclusão de serviços não previstos no contrato inicial. **Tais fatores configuraram a descaracterização do objeto do Contrato nº 153/2010 e acarretaram aumento substancial no valor das obras** (fls. 80/101, 134/140, 198/202).*

Foi realizada perícia que constatou **irregularidades no processo licitatório**, como "a reprogramação dos serviços que descaracterizaram o objeto da licitação", bem como "a inclusão de novos serviços e alterações nas quantidades

previstas inicialmente na planilha contratual que além de descaracterizar o objeto licitado, superaram em muito os acréscimos permitidos no §1º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993". Ademais, os experts do NUCRIM constataram que (e-STJ fl. 37):

(...) os serviços no Córrego do Parque, Córrego Pylles e no Córrego São Manoel foram contratados (de acordo com o Projeto Básico utilizado como base na concorrência) com preço abaixo dos preços medianos de mercado. Contudo, a ocorrência do "jogo de planilha", com a inclusão de novos itens e alteração dos preços e das quantidades originais, culminou com um prejuízo ao erário da ordem de R\$ 24.690.467,96 (vinte e quatro milhões, seiscentos e noventa mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e noventa e seis centavos), valores estes atualizados pela taxa SELIC até 23/08/2013.

Ao adequar os fatos narrados aos tipos penais da lei de licitações, o Ministério Público Federal narra que "a Prefeitura Municipal de Americana, instaurou em janeiro de 2010, **procedimento licitatório na modalidade concorrência pública**, tendo por objeto a execução dos quatro projetos" e que "**sagrou-se vencedor** o Consórcio Parque, formado pelas empresas 'Delta Construções S/A' e 'Construtora Estrutural Ltda' (e-STJ fl. 39).

No entanto, registra que, após o início da execução das obras, estas foram substancialmente alteradas, descaracterizando o objeto pactuado, "**frustrando o caráter competitivo do procedimento licitatório e favorecendo o Consórcio Parque**, vencedor do certame, vez que este apresentou o menor preço, apenas, para as obras do Córrego São Manoel e, com a reprogramação dos serviços, a maior parte dos recursos foi remanejada para as obras do Córrego do Parque" (e-STJ fl. 40).

Consigna, outrossim, que, "na ação de controle realizada pela CGU constataram-se, ainda, **outras irregularidades, contrárias aos ditames da Lei de Licitações, que também frustraram o caráter competitivo do certame**, como o não parcelamento do objeto a ser contratado, o que inviabilizou a participação de empresas que embora não dispusessem de capacidade para a execução da totalidade do objeto, poderiam participar em relação às suas parcelas.

Esta é a imputação pelo crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, o qual dispõe que é crime "frustrar ou fraudar, **mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente**, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação".

A imputação pelo crime do art. 96, inciso V, da Lei n. 8.666/1993, o qual dispõe que é crime "fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - (...); V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato", foi descrita, nos seguintes termos (e-STJ fls. 41/42):

*Também foi constatada pela fiscalização da CGU, a extrapolação do limite de 25% de acréscimo nos aditivos (cinco), **que alteraram quantitativos dos serviços contratados**, inserindo novos itens de serviços, sob a justificativa de que tais modificações foram devidas à execução de sondagens e projeto executivo definitivo (fls. 98/101 do Relatório da CGU). No balanço final das reprogramações, em função da compensação entre os valores acrescidos e reduzidos, o valor total do contrato não foi alterado. Todavia, a maior parte dos acréscimos de valor adveio da **introdução de serviços novos na planilha original**, que foram "compensados" com a supressão de obras de canalização do Córrego Pylles e de implantação do parque linear no Ribeirão do Quilombo, mas superaram, em muito os 25% previstos na lei, conforme demonstrado na tabela: (...)*

*Diante do valor total original do contrato ser de R\$ 74.989.425,51, era possível crescer 25%, ou seja, R\$ 18.747.356,38. Mas, diante do valor das supressões no valor de R\$ 52.003.844,07, o contrato poderia atingir o total de R\$ 41.732.937,82 (74.989.425,51 - R\$ 52.003.844,07 + R\$ 18.747.356,38), conforme valores apresentados na tabela acima. Sendo assim, embora o valor total avençado não tenha sido alterado, os acréscimos totalizaram R\$ 52.003.844,07 (correspondentes às supressões nas outras obras), o que representa um acréscimo de aproximadamente 69% no valor inicial do contrato. **Os acréscimos introduzidos com o aumento de quantitativos e inclusão de novos serviços foi determinante para a fraude praticada em detrimento da Fazenda Pública, tornando mais onerosa a execução do contrato.***

Quanto à autoria delitiva, registrou que "o liame entre os acusados para as práticas delitivas, mormente indícios de favorecimento às empresas integrantes do Consórcio Parque **pode ser verificado no relatório da ação de controle realizada pela Controladoria-Geral da União**". Afirma, ainda, que (e-STJ fl. 46/47):

*(...) os indícios de 'conluio' entre os acusados podem ser percebidos pelos atos de seus representantes, como por exemplo, o Consórcio Parque, vencedor da licitação **contratou a empresa Velloso Ferreira Engenharia Ltda.** para a elaboração do Projeto Executivo, que modificou, sensivelmente, o projeto original, a ponto de descaracterizá-lo. **O sócio-gerente desta empresa (Velloso) fazia parte da HAGAPLAN desde janeiro de 2004**, empresa que, por sua vez, foi a responsável pela realização dos 'pacotes técnicos' para a realização da licitação, que teve como vencedora o Consórcio Parque.*

Apurou-se, ainda, que o acusado SAMUEL, administrador da empresa ESTRUTURAL também é sócio-administrador da empresa Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., fornecedora de material pétreo para a obra de canalização. Saliente-se que o Projeto Executivo, elaborado por empresa subcontratada pelo Consórcio Parque promoveu alterações no Projeto Básico que resultaram em aumentos significativos nas quantidades de materiais pétreos utilizados na obra. Da mesma forma, apurou-se que a empresa fornecedora das aduelas pré-moldadas (Betonit Engenharia Indústria e Comércio Ltda.), que também tiveram seu uso significativamente alterado pelo Projeto Executivo, tem o mesmo sócio-administrador, SAMUEL MODA (fls. 218/220, do Apenso III, vol. I).

Neste contexto, concluiu o relatório da ação de controle da CGU sobre a existência de vínculos entre as empresas envolvidas no empreendimento, desde a elaboração dos pacotes técnicos até a execução das obras, que certamente foram essenciais para as fraudes perpetradas e o desvio de recursos públicos.

Da leitura atenta dos trechos transcritos, não se observa em que consistiria eventual fraude perpetrada pelos pacientes, ainda que em concurso, com o objetivo de frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, uma vez que a licitação, na modalidade concorrência pública, **efetivamente ocorreu, participando dela 5 concorrentes**. Eventual não parcelamento do objeto a ser contratado, embora possa ter inviabilizado a participação de outras empresas, ou

mesmo a contratação de outras concorrentes, não configura, por si só, o tipo penal de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório.

Ademais, não se verifica eventual ajuste prévio entre as concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação, constando da inicial acusatória apenas fatos posteriores à contratação, os quais não indicam qualquer irregularidade prévia à própria licitação, mas meras conjecturas, que não podem subsidiar uma imputação penal. Com efeito, a inicial acusatória nem ao menos aponta fatos anteriores que indiquem o conluio dos denunciados, mas apenas fatos posteriores à contratação, os quais não preenchem, portanto, os elementos do tipo penal do art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

Com efeito, para a configuração do referido tipo penal, necessário ficar demonstrada a quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada pelo mero ajuste, combinação ou outro expediente apto a frustrar ou **fraudar o procedimento licitatório**. As escolhas feitas pelo agente licitante, ainda que não se revelem as mais adequadas, não podem, por si só, configurar fraude, sendo imprescindível descrever a intenção principal de fraudar o procedimento licitatório.

No ponto, relevante assentar que os tipos penais trazidos na Lei de Licitações não têm a finalidade de criminalizar o mero descumprimento de formalidades, mas sim o descumprimento com a intenção de violar os princípios cardiais da administração pública. Com efeito, "irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa consistente tipicidade material ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório". (Inq 3962/DF, rel. Min ROSA WEBER, julgamento em 20/2/2018).

No que concerne à imputação pelo crime de fraude à licitação "instaurada para aquisição ou venda de **bens ou mercadorias**, ou contrato dela decorrente", tornando mais onerosa a execução do contrato, tem-se que os fatos se

referem à **contratação de serviços** e não de bens e mercadorias. Segundo a doutrina, o tipo penal do art. 96 da Lei n. 8.666/1993 não pode ser interpretado de forma extensiva:

(...) em homenagem ao princípio da legalidade penal positivado no art. 5º, XXXIX, da CR/88, bem como no art. 1º do Código Penal, a interpretação somente pode ser restritiva, sobretudo por se tratar de norma restritiva de direitos, uma vez que se trata de um tipo legal de crime. Assim, caso o agente pratique a conduta descrita no tipo legal ora comentado, mas relacionada a serviços, a conduta será atípica. Note-se que admitir a presença do delito, nessa hipótese, consistiria em flagrante analogia in malam partem, violando-se, assim, o princípio da legalidade, na vertente nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com relação ao tema, firmou-se no mesmo sentido de que "o art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. O tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu" (REsp n. 1.571.527/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 25/10/2016).

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ART. 96 DA LEI N. 8.666/1993. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDUTA NÃO PREVISTA NO TIPO PENAL. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM PREJUÍZO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. 2. Considerando-se que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não pode haver interpretação extensiva de determinado tipo penal em prejuízo do réu. 3. Recurso especial desprovido. (REsp 1407255/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018,

DJe 29/08/2018)

Não é diferente o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. SENADOR ACUSADO POR FATOS OCORRIDOS DURANTE O EXERCÍCIO DE MANDATO DE PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/1967 E NA LEI 8.666/1993. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA FORMULADO NA ORIGEM. ACOLHIMENTO, EM PARTE, COM RELAÇÃO À SEGUNDA CONDOTA.1. Em se tratando de ação penal oriunda do primeiro grau de jurisdição, o regular prosseguimento do feito reclama a adequação dos ritos procedimentais, com o exame do pedido de absolvição sumária formulado na defesa escrita. Precedente: AP 630 AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Dje 22.3.2012.2. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias.3. À míngua de quaisquer das hipóteses legais enumeradas no art. 397 do Código de Processo Penal, remanesce íntegra a acusação quanto ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.4. Questão de ordem, em parte, acolhida, para absolver sumariamente o parlamentar denunciado da prática do crime tipificado no art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, prosseguindo-se a ação penal no tocante ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967. (AP 991 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017)

Dessarte, manifesta a atipicidade do art. 96 da Lei de Licitações.

Quanto ao crime do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, consta da denúncia que os pacientes, em concurso de agentes, desviaram verba pública, objeto do Contrato n. 153/2010, celebrado entre a Prefeitura Municipal e o Consórcio Parque. Referido desvio se deu por meio da descaracterização do objeto do contrato, o que acarretou um aumento substancial no valor das obras. Cita, ainda, "como exemplo de ausência de fiscalização e pagamento a maior ao Consórcio Parque, a

questão do "Movimento de terra", o que evidencia a existência de superfaturamento (e-STJ fls. 42/45).

Da leitura atenta dos trechos da denúncia que se referem ao crime de desvio de verba pública, observo que se imputa, em síntese, a conduta de utilizar dinheiro público para fazer frente ao pagamento de valores superfaturados. Contudo, não há descrição do dolo específico do ex-prefeito nem do secretário de obras de desviar ou aplicar indevidamente rendas ou verbas públicas, mas mera afirmação de superfaturamento e de indícios de favorecimento, os quais nem ao menos são descritos na inicial acusatória.

Como é de conhecimento, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que é indispensável estar devidamente descrito o dolo específico de acarretar prejuízo ao erário, para ficar configurado o crime do art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Por oportuno:

*HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI, DAR CAUSA OU POSSIBILITAR PRORROGAÇÃO CONTRATUAL SEM AUTORIZAÇÃO EM LEI E DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO DO ACUSADO E DE DANOS AO ERÁRIO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. Consoante balisada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a comprovação do dolo direto, como elemento subjetivo do tipo penal, é indispensável para a configuração dos delitos previstos nos artigos 86 e 92, ambos da Lei 8.666/1993 e do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/1967, exigindo-se impreterivelmente ainda, para o primeiro e último caso, a demonstração da circunstância volitiva específica, qual seja, a **manifesta vontade de acarretar prejuízos aos cofres públicos**. 3. Na hipótese vertente, da moldura fática retratada nos autos, não se extrai figura elementar imperativa à configuração dos delitos imputados ao paciente, uma vez que não se visualiza o dolo direto e específico, isto é,*

a intenção criminosa do agente, já que contratou, com base em parecer de sua assessoria jurídica, escritório de advocacia especializada, que apresentou tese jurídica favorável ao ente municipal, e até então não contestada, inexistindo, atualmente, notícia concreta de dano ao erário público, muito menos de que tenha o alcaide assim agido com o animus de perseguir tal fim. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal n. 2015.0000501656 no tocante ao paciente. (HC 329.227/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/1993 (DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI). PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A Corte Especial do STJ decidiu, nos autos da APn. n. 480/MG, que "os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo" (Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15/6/2012). 2. No caso dos autos, não há comprovação do alegado prejuízo, especialmente porque, segundo consta da decisão de primeiro grau, "no presente caso, a denúncia não narra, em nenhum momento, a existência de prejuízo ao erário, e, se inexistente, também não há conduta criminosa". 3. A imputação, da forma como foi feita, representa a imposição de indevido ônus do processo ao paciente, à vista da ausência da descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente de dolosa concorrência para a consumação da ilegalidade do caput do art. 89 da Lei n. 8.666/1993. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo ora paciente e anular, ab initio, o processo movido contra ele. (HC 299.029/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015)

Verifico, portanto, que a denúncia, apesar de narrar diversas irregularidades, é deficiente, não descrevendo todos os elementos necessários à responsabilização penal dos pacientes. Com efeito, embora o réu se defenda dos fatos e não da capitulação legal a ele atribuída pelo Ministério Público, mister a

adequada compreensão da imputação, com a descrição de todos os elementos do tipo penal, sob pena de a defesa ter que se defender de conduta que nem ao menos preenche adequadamente a tipicidade penal. Anoto que não se está a afirmar que as condutas imputadas são atípicas, mas sim que o Ministério Público não se desincumbiu de narrar todas as elementares do tipos penais, o que dificulta, sobremaneira, a ampla defesa.

Ante o exposto, não conheço do *mandamus*. Porém, **concedo a ordem de ofício**, para trancar a Ação Penal n. 0003267-38.2012.4.03.0000, **haja vista a inépcia da inicial acusatória**, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, em obediência à lei processual. Encontrando-se os demais codenunciados na mesma situação processual dos pacientes, estendo a eles os efeitos da presente decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator