



ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Número Único: 0015532-61.2007.8.11.0042

Classe: APELAÇÃO CRIMINAL (417)

Assunto: [Crimes da Lei de licitações]

Relator: Des(a). GILBERTO GIRALDELLI

Turma Julgadora: [DES(A). GILBERTO GIRALDELLI, DES(A). LUIZ FERREIRA DA SILVA, DES(A). R

Parte(s):

[MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (APELANTE), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (REPRESENTANTE), DECIO COUTINHO - CPF: [REDACTED] (APELADO), MARCELO SILVA MOURA - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), CARLOS ARTHUR GONZAGA RIBEIRO FIGUEIREDO - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), LUCIANO SALLES CHIAPPA - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), THIAGO CUNHA BRESCOVICI - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), CAROLINA VIEIRA DE ALMEIDA - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 03.507.415/0001-44 (VÍTIMA), CASA CIVIL DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 03.507.415/0007-30 (REPRESENTANTE), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (CUSTOS LEGIS), JOSE ANTONIO DUARTE ALVARES - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (APELADO), CARLOS ARTHUR GONZAGA RIBEIRO FIGUEIREDO - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), DECIO COUTINHO - CPF: [REDACTED] (APELANTE), JOSE ANTONIO DUARTE ALVARES - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), LUCIANO SALLES CHIAPPA - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), LEON ENRIQUE KALINOWSKI OLIVERA - CPF: [REDACTED] (TERCEIRO INTERESSADO)]

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência Des(a). LUIZ FERREIRA DA SILVA, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: **POR UNANIMIDADE, REJEITOU A PRELIMINAR DE NULIDADE E A PREJUDICIAL DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR ABOLITIO CRIMINIS, E, NO MÉRITO, PROVEU O RECURSO DEFENSIVO, JULGANDO PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.**

E M E N T A

APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE (ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93) – IRRESIGNAÇÃO SIMULTÂNEA DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO – 1. **PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA** – REJEIÇÃO –

NEGATIVA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA ARROLADA PELO RÉU – DIREITO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA QUE NÃO É ABSOLUTO – DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO ÓRGÃO JULGADOR – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA – ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA – QUESTÃO NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO – MATÉRIA PRECLUSA – **2. REQUERIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE À CONTA DE SUPOSTA *ABOLITIO CRIMINIS*** – DESCABIMENTO – CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA – SUBSUNÇÃO DO FATO AO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL – **3. PLEITO ABSOLUTÓRIO** – VIABILIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO PARA O ERÁRIO – MEROS INDÍCIOS E ILAÇÕES NÃO AUTORIZAM A CONDENAÇÃO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – APELO DEFENSIVO PROVIDO, TORNANDO PREJUDICADO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Ao indeferir a providência requerida pela defesa de inquirição de testemunha comum cuja desistência da respectiva oitiva já havia sido externada pelo Ministério Público Estadual, o juízo *a quo*, ainda que de maneira sucinta, expôs fundamentos concretos e adequados ao caso que o levaram a concluir pela ineficácia e, portanto, pela impertinência da atividade probatória pleiteada, no exercício da sua discricionariedade motivada, não havendo falar em nulidade por cerceamento de defesa, mesmo porque, a decisão que indeferiu o pedido defensivo já era de conhecimento do recorrente ao tempo do oferecimento das alegações finais, no entanto, ele só veio a arguir a suposta mácula neste grau recursal, de modo que a questão, a toda evidência, está preclusa.

2. A conduta de contratar diretamente fora dos casos previstos em Lei, antes tipificada no artigo 89 da Lei n.º 8.666/93, atualmente amolda-se à figura típica do artigo 337-E do Código Penal, o qual prevê como criminosas as condutas de “*admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei*”, não havendo falar, pois, em *abolitio criminis*, mercê da incidência do princípio da continuidade normativo-típica.

3. O tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 pressupõe, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção deliberada de produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação, logo, a condenação do réu exige a demonstração cabal da deliberada intenção dele em lesar o erário, não bastando o dolo genérico consistente na não observância dos requisitos para dispensa da licitação, de modo que, inexistindo lastro probatório mínimo do dolo específico em questão, impõe-se a absolvição do apelante, tornando prejudicado o apelo ministerial tendente à recrudescer a pena imposta.

RELATÓRIO

APELANTE(S) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO



APELANTE(S) DÉCIO COUTINHO

APELADO(S) DÉCIO COUTINHO

APELADO(S) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

[EXMO. SR. DES. GILBERTO GIRALDELLI](#)

Egrégia Câmara:

Trata-se de recursos de apelação criminal simultaneamente interpostos pelo réu **DÉCIO COUTINHO** e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO** contra a r. sentença proferida pelo d. juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá/MT, que, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva na ação penal n. 0015532-61.2007.8.11.0042, absolveu o acusado da imputação da prática do crime tipificado no art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, **condenando-o** tão somente pelo cometimento, por duas vezes, em concurso material, da conduta típica descrita no **art. 89, com a causa de aumento de pena do art. 84, §2º, ambos da Lei n. 8.666/93**, à pena total de **8 (oito) anos de detenção**, no regime inicial **semiaberto**, além do pagamento de **80 (oitenta) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal.

Inconformado, o apelante **DÉCIO COUTINHO** suscita nas razões recursais juntadas sob o ID 158996659, como **matérias preliminares**, a **nulidade por cerceamento de defesa**, ante a **negativa de inquirição de testemunha** arrolada comumente pela Defesa e pela Acusação, sob o viés de que embora o *Parquet* tenha desistido da sua oitiva, o réu não o fez, tendo indicado a necessidade e relevância das suas declarações, o que não restou acolhido pelo juízo *a quo*, implicando em prejuízo à defesa, ao que acresce as teses de **abolitio criminis do delito do art. 89 da Lei n.º 8.666/93**, além da **revogação da causa de aumento de pena do art. 84, §2º, do mesmo diploma normativo**, não previstos na nova Lei de Licitações.

Quanto ao mérito, pleiteia a **absolvição** ao argumento de que não configurado o **dolo específico** do tipo, porquanto demonstrados nos autos que agiu amparado por pareceres das áreas técnica, administrativa e jurídica, configurando sua conduta, quiçá, uma má decisão administrativa, sem qualquer evidência da intenção de lesar o erário, não sendo admissível a responsabilidade penal objetiva.

Em contrarrazões vistas no ID 160765749, o *Parquet* rebate as arguições defensivas e requer seja negado provimento ao recurso.



Por sua vez, servindo-se das razões recursais disponíveis no ID 155017063 – págs. 156/187, o Órgão Ministerial vindica a **cominação da obrigação** ao réu de **reparar o prejuízo** de R\$ 344.200,00 (trezentos e quarenta e quatro mil e duzentos reais) **causado ao erário** e a **majoração da pena-base mediante o seu afastamento do mínimo legal aplicado na sentença**, por irresignar-se com o fato de o magistrado singular não haver negativado qualquer das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal a despeito da existência, em sua inteligência, de elementos concretos capazes de desabonar, idoneamente, ao menos cinco vetoriais, a saber: a *culpabilidade* do agente, os *motivos* e *circunstâncias* do crime, as *consequências* dele decorrentes e o *comportamento* comissivo *da vítima* [INDEA-MT] para o êxito da empreitada criminosa, de modo que conservar a sanção básica tal qual fixada, implicaria em violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Contrarrazões da defesa são vistas no ID 155017063 – págs. 228/237, nas quais rebate os argumentos declinados no apelo ministerial e requer o seu desprovimento.

Já nesta instância revisora, manifestou-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça por meio de parecer encartado sob o ID 169231662, em que opina pelo **provimento parcial do recurso do réu**, tão somente para que seja **afastada a causa de aumento de pena** do art. 84, §2º, da Lei n.º 8.666/93, bem como pelo **provimento parcial** do apelo do **Ministério Público**, a fim de que **a pena-base do acusado seja incrementada** por meio da avaliação negativa das circunstâncias judiciais pertinentes à *culpabilidade*, *circunstâncias* e *consequências* do crime.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO RELATOR

VOTO (**PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA, ANTE A NEGATIVA DE OITIVA DE UMA TESTEMUNHA ARROLADA PELO RÉU**)

EXMO. SR. DES. GILBERTO GIRALDELLI (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Os recursos em apreço são **tempestivos**, foram interpostos por aqueles que tinham **legitimidade** para fazê-lo, e o meio de impugnação empregado afigura-se **necessário** e **adequado** ao alcance das finalidades colimadas, motivos pelos quais, estando presentes os seus requisitos objetivos e



subjetivos de admissibilidade, **CONHEÇO** dos apelos manejados simultaneamente pela Acusação e pela defesa.

Todavia, antes de adentrar no mérito recursal, tem-se que o réu **DÉCIO COUTINHO** suscita, preliminarmente, a ocorrência de **nulidade por cerceamento de defesa**, especificamente porque o juízo *a quo* indeferiu o pedido defensivo de inquirição da testemunha **Maria Auxiliadora Pereira Rocha Diniz**, também arrolada pelo Órgão Ministerial, que, contudo, desistiu da sua oitiva; nada obstante tal prova fosse relevante para o esclarecimento dos fatos narrados na denúncia.

A preliminar **não comporta acolhimento**.

Consta dos autos que, durante a audiência de instrução e julgamento, ausente a testemunha em questão, o Ministério Público Estadual desistiu de sua oitiva, todavia, a defesa insistiu no depoimento de **Maria Auxiliadora Pereira Rocha Diniz**, diante do que o juízo singular, entendendo pela desnecessidade da prova oral ante a sua irrelevância, indeferiu a sua produção nos seguintes termos, *verbis*:

“Com relação às testemunhas Maria Auxiliadora e Edson Paulino insistidas pela defesa, vejo desnecessária suas oitivas. Maria Auxiliadora foi ouvida na fase de inquérito e declarou que foi a pessoa que assinou um parecer técnico, na qualidade de diretora técnica do INDEA na época. Na ocasião, a mesma declarou que a documentação que amparava o parecer satisfazia o objeto do contrato.

Ouvi-la em Juízo acarretará na ratificação desta afirmação, que é favorável à defesa, mas não há controvérsia quanto a isso nos autos. Ainda, com relação ao fato de ter sido ela que requisitou os servidores que trabalharam na elaboração das cartilhas, da mesma forma não há discussão a respeito e tais servidores foram unânimes em ratificar esta versão, inclusive em Juízo, eis que foram inquiridos em 14 de maio de 2016, exceto Gustavo Alves de Abreu, inquirido por Carta Precatória. Assim, não há relevância na oitiva desta testemunha.” (Decisão proferida em **06/07/2015** – ID 155017059, pág. 170).

Reiterado o pleito ao final da instrução, restou novamente indeferido pela MM.^a Magistrada da instância singela, com fulcro nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Primeiramente, no que tange à testemunha Maria Auxiliadora Pereira Rocha Diniz, continua desnecessária a sua oitiva, pois da leitura dos memoriais finais do Ministério Público, verifica-se que o pedido de condenação não está embasado exclusivamente nas declarações prestadas pela referida testemunha em sede inquisitorial, pelo contrário, é feito apenas um apontamento de que o alegado por ela na fase policial coincide com os depoimentos prestados em Juízo pelas testemunhas inquiridas, o que é perfeitamente compatível com o disposto no art. 155 do CPP.

Veja-se, ainda, que o próprio Parquet ressaltou que Maria Auxiliadora não foi ouvida em Juízo, de modo que seu depoimento tem valor nos autos apenas como elementos de informação e não como prova.

Assim, a pretensão de sua inquirição denota apenas intuito protelat6rio por parte da Defesa. Conforme já consignado na decisão anterior, Maria Auxiliadora, quando ouvida



na fase de inquérito, declarou que assinou o parecer técnico, na qualidade de diretora técnica do INDEA na época e que a documentação que amparava o parecer satisfazia o objeto do contrato.

Trata-se, pois, de afirmação favorável à defesa. O fato dela ter declarado que não elaborou o parecer e apenas o recebeu para assinar não é questão controvertida nos autos apta a ensejar o prolongamento da instrução, uma vez que não causa qualquer prejuízo A Defesa.

Reitero, ainda, que não há discussão a respeito do fato de ter sido Maria Auxiliadora quem teria requisitado os servidores que trabalharam na elaboração das cartilhas, já que tais servidores foram unânimes em ratificar esta versão, inclusive em Juízo, eis que foram inquiridos em 14.05.2015, exceto Gustavo Alves de Abreu, inquirido por Carta Precatória.

*Desta forma, indefiro a designação de audiência para inquirição da testemunha Maria Auxiliadora Pereira Rocha Diniz”. (Decisão proferida em **09/12/2016** – ID 155017063, págs. 94/96).*

Na hipótese em apreço, **as decisões do juízo a quo afiguram-se idôneas e devem ser ratificadas por esta instância ad quem**, principalmente porque a defesa não trouxe aos autos elementos concretos capazes de respaldar a conclusão quanto à eficácia da diligência postulada, e **caberia à parte requerente demonstrar a pertinência da medida por ela pleiteada**, encargo do qual a i. defesa, *in casu*, não se desincumbiu, valendo ressaltar, outrossim, que “*a condenação, por si só, não pode ser considerada como prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente demonstrar que a nulidade apontada, acaso não tivesse ocorrido, ensejaria sua absolvição, situação que não se verifica nos autos*” (STJ – AgRg no AREsp n. 1.637.411/RS, Rel.: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe 3/6/2020).

Como é cediço, **o direito à produção probatória não é absoluto**, pois ao magistrado, na condição de destinatário da prova, é facultado indeferir fundamentadamente a produção de provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso configure cerceamento de defesa e implique em nulidade da respectiva ação penal. Tanto é que, havendo testemunhas consideradas imprescindíveis ao magistrado para formação do seu convencimento, ele poderá determinar a inquirição delas, até mesmo de ofício, nos termos do art. 209, *caput* e §1º, do CPP.

Sobre o tema, é a orientação do **Supremo Tribunal Federal**:

*“Agravamento regimental em habeas corpus. 2. Direito processual penal. 3. Alegação de nulidade em razão do indeferimento de produção de prova. **O direito à produção de provas não é absoluto, haja vista que a própria lei processual penal, em seu artigo 400, § 1º, faculta ao julgador, desde que de forma fundamentada, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.** 4. Agravamento regimental a que se nega provimento”*. (STF - HC: 191858 SP 0103829-10.2020.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 30/11/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/12/2020) – Grifei.



Por tal razão, **a necessidade, relevância e pertinência da prova almejada devem ser demonstradas pela parte interessada**, não apenas no plano abstrato e meta-jurídico (a exemplo da *possibilidade* de que a prova pleiteada redunde na absolvição), mas também de maneira concreta, isto é, mediante indicativos materiais e fenomênicos que evidenciem não só a plausibilidade do pedido, mas também a possibilidade da sua realização e da obtenção de um resultado, sob pena de se caracterizar como requerimento impertinente ou protelatório.

Logo, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento de alguma prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Nesse sentido também orienta o **Superior Tribunal de Justiça**:

“2. Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar as pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”. (AgRg no REsp n. 1.887.326/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 30/4/2021) – Negritei.

“1. Ao magistrado, no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. 2. O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, com opção de indeferi-las, motivadamente, quando julgar que são protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução”. (AgRg no HC n. 739.007/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022) – Destaquei.

Nessa ordem de ideias, nos termos do art. 400, §1º, do Código de Processo Penal, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção, entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, recaindo, portanto, sobre o interessado, o ônus de demonstrar a **real imprescindibilidade** da prova que se pretende produzir, o que, à toda evidência, não ocorre in casu.

O júízo natural da causa lançou mão de sua discricionariedade motivada para, de forma fundamentada, indeferir o pedido de oitiva de testemunha apresentado pela defesa do réu **DÉCIO COUTINHO**, a qual, por sua vez, deixou de instruir o pleito com elementos de convicção mínimos que levassem a crer pela eficácia e pertinência da providência almejada, razão pela qual entendo que **inexiste ilegalidade ou cerceamento a serem sanados na presente hipótese**.



Por oportuno, embora esta específica diligência tenha sido indeferida – justamente porque verificada a sua impertinência no caso concreto –, frise-se que **outros pedidos da defesa do acusado foram acatados pelo juízo a quo**, o que certamente **corrobora a inexistência in casu de cerceamento de defesa** e a mera ocorrência de análise imparcial por parte da autoridade judiciária quanto à conveniência e eficácia ou não dos pedidos formulados pelas partes.

Mesmo que assim não fosse, a nulidade aqui arguida pela defesa tampouco haveria que ser acolhida nesta instância recursal.

Isto porque, a atual jurisprudência das Cortes Superiores orienta no sentido que, em respeito à segurança jurídica e à lealdade processual, **mesmo as nulidades denominadas absolutas têm o seu reconhecimento condicionado à arguição no momento oportuno**, sujeitando-se assim ao instituto da preclusão.

A propósito:

“3. Ressalta-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em respeito à segurança jurídica e à lealdade processual, tem se orientado no sentido de que, mesmo as nulidades denominadas absolutas, ou qualquer outra falha ocorrida no acórdão impugnado, também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal”. (AgRg no HC n. 825.657/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023) – Destaquei.

E o momento oportuno para a arguição de eventuais máculas consiste na ocasião das alegações finais, como preliminar de mérito, sob pena de convalidação por preclusão, não obstante, a defesa constituída **não arguiu cerceamento de defesa em suas alegações finais** (ID 155017063, págs. 100/121), deixando para suscitar tal vício apenas neste grau recursal, de modo que a questão, a toda evidência, está **preclusa**.

Com tais considerações, **REJEITO a preliminar** arguida.

É como voto.

VOTO (PREJUDICIAL DE MÉRITO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ALEGADA A ABOLITIO CRIMINIS DA CONDUTA OUTRORA TIPIFICADA NO ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93)

EXMO. SR. DES. GILBERTO GIRALDELLI (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Na hipótese *sub examine*, verifico que a conduta atribuída ao réu **DÉCIO COUTINHO** de contratar diretamente fora dos casos previstos em Lei, antes tipificada no artigo 89 da Lei n.º 8.666/93, atualmente amolda-se à figura típica do artigo 337-E do Código Penal, o qual prevê



como criminosas as condutas de “*admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei*”, não havendo falar, pois, em *abolitio criminis*, mercê da incidência do princípio da continuidade normativo-típica.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. INEXISTÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA COM O ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL.** 1. *Inexistência de abolitio criminis da figura típica prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993, pois a evolução legislativa produzida pelo Congresso Nacional em defesa da higidez das contratações públicas efetuou o fenômeno jurídico conhecido como “continuidade normativo-típica”, estabelecendo na nova lei as elementares dos tipos penais utilizados pelo Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia; mantendo, dessa forma, as condutas descritas no campo da ilicitude penal.* 2. **TIPICIDADE E CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. Inexistente alteração substancial na descrição da conduta anteriormente narrada pelo novo tipo penal, que mantém a estrita correlação com as elementares anteriormente previstas pela lei revogada entre os crimes previstos no antigo art. 89 da Lei 8.666/1993 e no atual art. 337-E do Código Penal.** 3. *Agravo Regimental a que se nega provimento.*” (HC 225.554-AgR, Primeira Turma, Rel.: Min. Alexandre de Moraes, DJe de 27/4/2023). Destaquei.

De fato, a revogação de uma lei penal não implica, necessariamente, a descriminalização das condutas nela tipificadas, sendo necessária a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, impondo-se a manutenção da condenação daquele que pratica conduta prevista em lei revogada, mas que encontra tipificação correspondente em outra lei penal.

Logo, para a caracterização da *abolitio criminis* é necessário que a conduta descrita no tipo penal revogado tenha se tornado um irrelevante penal, não sendo disciplinada por dispositivo legal diverso. Não é o que se observa da conduta supostamente perpetrada pelo réu **DÉCIO COUTINHO**, a qual, repita-se, ao menos em tese, amolda-se ao tipo penal previsto no artigo 337-E do Código Penal.

Sendo assim, **rejeito a tese de abolitio criminis** quanto ao delito outrora previsto no **art. 89 da Lei n.º 8.666/93**.

É como voto.

V O T O (MÉRITO)

EXMO. SR. DES. GILBERTO GIRALDELLI (RELATOR)

Egrégia Câmara:



Resumidamente, a peça incoativa disponível no ID 155017046 – págs. 1/27, imputa a **DÉCIO COUTINHO** e ao corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira** a prática, em concurso material, dos crimes tipificados no **art. 89 e art. 96, I, ambos da Lei n.º 8.666/1993**, porque, por duas vezes, nos anos de 2004 e 2006, por meio dos contratos n.º 14.583/2005 e n.º 6.355/2006, o ora apelante, na qualidade de Presidente do INDEA/MT, conluiado com o codenunciado, que é proprietário e administrador da empresa LK Editora & Comunicação Ltda., **adquiriu cartilhas e manuais técnicos sem a realização do devido processo licitatório, simulando situação de inexigibilidade de licitação e**, ainda, com valores superfaturados nas duas aquisições, as quais atingiram a monta de R\$ 344.200,00 (trezentos e quarenta e quatro mil e duzentos reais).

Segundo a proposição ministerial, o corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira**, “*cidadão que tinha livre trânsito junto ao SENAR, inclusive respondendo a outra investigação que apura irregularidade no fornecimento de material didático ao referido órgão cuja operação foi denominada pela Polícia Federal como OPERAÇÃO CARTILHA, ciente da necessidade do INDEA em utilizar e distribuir material didático, vislumbrou oportunidade de obter ganho indevido, em prejuízo ao erário*” (ID 155017046 – pág. 4), motivo pelo qual procurou **DÉCIO COUTINHO** no ano de 2004 e ajustaram a contratação direta da empresa LK Editora & Comunicação Ltda. para o fornecimento do material didático, sendo que, “*com o fito de garantir que a contratação fosse firmada em condições financeiras que atendessem ao interesse de ambos (superfaturada), ajustaram forjar situação que pudesse justificar a INEXIGIBILIDADE de LICITAÇÃO, pois sem disputa de preço (concorrentes), ficavam livres para fixar o valor do contrato*” (ID 155017046 – págs. 4/5).

Prossegue a narrativa contida na denúncia dando conta de que, para supostamente aumentar o ganho indevido, o INDEA/MT assumiu a produção intelectual das cartilhas por meio do seu corpo técnico, convocando servidores da autarquia e, inclusive, remunerando-lhes com diárias, a fim de que produzissem, em horário de expediente, o conteúdo dos manuais, fornecendo também orientação para ilustração do material, cuja execução ocorreu entre junho e dezembro de 2004 no Centro de Treinamento do INDEA/MT, localizado em Cuiabá-MT, porém, só posteriormente, com “*o surgimento de boatos em relação a irregularidade nas aquisições das cartilhas*” entre os meses de janeiro e março de 2005, visando ocultar a fraude empregada, coube ao codenunciado **Leon Enrique Kalinowski Oliveira** procurar os técnicos que participaram da elaboração do conteúdo do material e fazê-los assinar contratos de cessão de direitos autorais, após o que pagou aos servidores os valores respectivos.

Ainda de acordo com a preambular acusatória, considerando a irregularidade da contratação realizada verbalmente entre os réus, ao INDEA/MT não era possível efetuar o respectivo pagamento à LK Editora & Comunicação Ltda., diante do que os denunciados planejaram documentar a contratação via dispensa de licitação, cujo processo foi montado após a conclusão dos trabalhos de elaboração das cartilhas, mediante a juntada aleatória de pareceres e comunicações internas, tudo fora da ordem cronológica e procedimental, datados muito tempo depois dos trabalhos realizados e, ainda, em evidente contradição entre si, pois, o segundo processo licitatório supostamente “montado” por ordem da dupla de réus já no ano de 2006, estava instruído com orçamentos da LK Editora e de outras duas empresas, o que denotaria a falta de exclusividade da contratada desde o primeiro ajuste ainda nos anos de 2004 e 2005.



Verte da narrativa ministerial, outrossim, que a contratação seria formalizada amparando-se no Termo de Cooperação Técnica firmado entre o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural — SENAR e o Instituto de Defesa Agropecuária do Estado de Mato Grosso — INDEA/MT, cujo objeto era a capacitação de servidores do órgão e formação de agentes sanitários nos assentamentos rurais, cabendo ao SENAR/MT realizar os treinamentos e o fornecimento do material didático para treinamento dos servidores do INDEA/MT. Todavia, provocado a fornecer o citado material, o SENAR/MT informou que não tinha quantidade suficiente em seu estoque e que o material poderia ser adquirido da Associação Brasileira de Educação Agrícola Superior — ABEAS, detentora dos direitos autorais desse material, a qual, nada obstante, apontou que as cartilhas haviam sido produzidas em parceria com a empresa LK Editora & Comunicação Ltda., que era responsável pela venda das cartilhas, oportunidade em que a associação sugeriu que fosse mantido contato com esta empresa para atendimento à solicitação do INDEA/MT.

Nesse contexto, de acordo com a denúncia, o acusado **DÉCIO COUTINHO** tinha pleno conhecimento de que inexistia exclusividade em relação ao material didático, pois, poderia ser adquirido tanto junto à ABEAS quanto com a LK Editora & Comunicação Ltda., incumbindo ao corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira** providenciar parecer jurídico e orientações sobre a inexigibilidade, documentos que foram entregues nas mãos do ora apelante por intermédio do Sr. Rubens Cruz Pereira, que, à época, ocupava o cargo de consultor do INDEA/MT, ao passo que coube a **DÉCIO COUTINHO**, fazendo uso do material encaminhado, providenciar a elaboração de parecer assinado pela Diretora Técnica do INDEA/MT, sra. Maria Auxiliadora Pereira Rocha Diniz, no qual solicitava a aquisição das cartilhas e apontava que a LK Editora & Comunicação Ltda. detinha reconhecida exclusividade na sua área de atuação, portanto, reunia as condições para a plena satisfação do objeto do contrato, resultando fosse assinado pelo ora insurgente a autorização para contratação direta da empresa mediante processo de inexigibilidade de licitação.

Em prosseguimento, declina o Órgão Ministerial que, a despeito de os processos licitatórios não terem sido instruídos com documentos que comprovassem que a empresa LK Editora detinha exclusividade no fornecimento do material adquirido ou ao menos notória especialidade, o réu **DÉCIO COUTINHO** teria se utilizado do seu prestígio e do cargo que ocupava, para induzir a erro a Diretora Técnica e o Assessor Jurídico do INDEA/MT, simulando situação e apresentando informações que os fizeram acreditar que a empresa possuía singularidade e individualidade no fornecimento das cartilhas.

Concluindo, aponta a inicial acusatória que as duas contratações não se enquadravam nas hipóteses de inexigibilidade previstas pelos artigos 25 e 26 da Lei n.º 8.666/93, na medida em que não houve a comprovação de notória especialização ou que o trabalho desenvolvido pela LK Editora fosse essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto, além do mais, a suposta exclusividade não foi comprovada por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que realizada a contratação, mas por meio de certidões de exclusividade registradas na Junta Comercial do Distrito Federal, onde era a sede da empresa, sendo tais irregularidades constatadas também por auditoria especial conduzida pela AGE/MT e em relatório técnico do TCE/MT confeccionado no bojo de denúncia oferecida no órgão de controle externo, configurando-se o prejuízo ao



erário na circunstância de o INDEA/MT ter custeado o conteúdo intelectual das apontadas cartilhas por duas vezes, ou seja: quando arcou com os salários e diárias de seus técnicos, e cedeu seu espaço físico, bem assim, quando remunerou a empresa LK Editora.

Submetidos à regular instrução processual, o réu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira** teve a punibilidade extinta pela prescrição da pretensão punitiva, haja vista a redução do lapso prescricional pela metade, por já ser maior de 70 anos àquela data, prosseguindo-se a instrução em relação ao corréu **DÉCIO COUTINHO**.

Nesse contexto, o juízo *a quo* acolheu parcialmente a pretensão acusatória e absolveu o acusado da imputação da prática do crime tipificado no art. 96, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, **condenando-o** tão somente pelo cometimento, por duas vezes, em concurso material, da conduta típica descrita no **art. 89, com a causa de aumento de pena do art. 84, §2º, ambos da Lei n. 8.666/93**, à pena total de **8 (oito) anos de detenção**, no regime inicial **semiaberto**, além do pagamento de **80 (oitenta) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal.

Indignado, o acusado **DÉCIO COUTINHO** recorre à esta instância revisora alardeando que não há prova do dolo específico do tipo e tampouco do prejuízo ao erário e, deveras, compulsados detidamente os autos, reputo **acertado o pleito absolutório**, tornando **prejudicada a pretensão do Ministério Público de majoração da reprimenda** imposta ao réu.

A acusação apoia-se principalmente na arguição de que o objeto dos dois contratos do INDEA/MT com a LK Editora contemplaria a autoria e produção exclusiva das cartilhas, mas a empresa só teria realizado os serviços de diagramação, ilustração, e impressão dos manuais; além disso, embora a inexigibilidade de licitação estivesse supostamente respaldada nas informações fornecidas pelo SENAR/MT e, posteriormente, na orientação da ABEAS – Associação Brasileira de Educação Agrícola Superior no sentido de que a empresa LK Editora e Comunicações seria a detentora da exclusividade na autoria do material, essa singularidade supostamente não foi comprovada pelo INDEA/MT e nem pela empresa contratada, ao revés, as investigações promovidas e os relatórios técnicos do TCE/MT e da AGE/MT teriam demonstrado que os materiais didáticos poderiam ser confeccionados por qualquer outra editora.

Sucedem que existe condição *sine qua non* à qualificação jurídica do tipo penal do art. 89 da Lei n.º 8.666/93, que diz respeito ao dolo específico, ou seja, à intenção do réu de causar dano ao erário, e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, pois, segundo o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. 2.482/MG, Julgado em 15/9/2011) e também do Superior Tribunal de Justiça (**AgRg no AREsp 324.066/MG**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 27/02/2015; **HC 321.224/PR**, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 25/06/2015 e **AgRg no REsp 1259109/DF**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2015), malgrado a ausência de disposições legais acerca dessa elementar, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, da intenção de causar dano ao erário



e da efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, não sendo suficiente apenas a vontade de desobedecer às normas legais do procedimento licitatório.

Isso quer dizer que a incidência da norma que se extrai do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político porque, é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais.

A propósito do tema, cito a ementa do acórdão paradigmático da Ação Penal n. 480/MG, em que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, destacou a imprescindibilidade de comprovação do dolo específico dos agentes em lesar as finanças públicas, assim como do concreto prejuízo ao erário. *In verbis*:

“AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO.

- 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. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente.” (STJ – APn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012). (destaquei).

Atualmente, o c. Superior Tribunal de Justiça segue na linha acima exposta, como demonstra o trecho do aresto a seguir discriminado:

“3. Ainda que assim não fosse, esta Corte, após inicial divergência, pacificou o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo.” (AgRg no AREsp n. 1.995.024/MA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022). Grifei.



Nesse mesmo sentido também já se manifestou anteriormente esta c. Terceira Câmara Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA E DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO – ARTS. 299, DO CÓDIGO PENAL E 89, DA LEI 8.666/93 – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – ALMEJADA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO – IMPROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU DEIXOU DE REALIZAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM A INTENÇÃO DE CAUSAR PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS, BEM COMO TER OMITIDO INFORMAÇÃO OU INSERIDO AFIRMAÇÃO FALSA EM DOCUMENTO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. É imperiosa a manutenção da sentença que absolveu o agente da prática dos delitos de dispensa indevida de licitação e falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal e art. 89, da Lei 8.666/93), se não restou evidente nos autos que ele tinha a intenção de dispensar fraudulentamente a licitação e causar prejuízo aos cofres públicos, bem como que tenha omitido informação ou inserido falsa afirmação no documento público, de modo que está ausente o dolo específico, o que enseja a absolvição por atipicidade da conduta.” (RAC 472/2015, DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 10/06/2015, Publicado no DJE 15/06/2015). (grifei).

“RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 89 DA LEI N. 8.666/93 – LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS – CONDENAÇÃO – RECURSOS DEFENSIVOS – 1. APELO DE UM ACUSADO ALMEJANDO A ABSOLVIÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA COAUTORIA – TESE ACOLHIDA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA EMBASAR A PUNIÇÃO – 2. DEMAIS INCREPADOS QUE POSTULAM SUAS ABSOLVIÇÕES EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DO TIPO PENAL EM COMENTO – PERTINÊNCIA DAS PRETENSÕES – CARÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS EVIDENCIADORES DE QUE OS DENUNCIADOS DEIXARAM DE REALIZAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM A INTENÇÃO DE CAUSAR PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO – 3. RECENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ADOTADO SOBRE O TEMA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSOS PROVIDOS. 1. Inexistindo provas de que um dos agentes concorreu para a suposta prática delitiva que lhe foi imputada na exordial acusatória, a sua absolvição nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal é medida que se impõe. 2. Não obstante a comprovação de irregularidades na transação que culminou na transferência da titularidade de bens móveis municipais, haja vista a dispensa de procedimento licitatório fora das hipóteses excepcionadas pela Lei de Licitações, é de rigor a reforma da sentença condenatória hostilizada para absolver os acusados da prática do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/93, quando se constata, dos elementos probatórios insertos no caderno processual, a inexistência de provas suficientes



para evidenciar que agiram com dolo específico de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação, bem como que tenham causados efetivo prejuízo ao erário. 3. *A jurisprudência atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, estribada em decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entende que, para fins da caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório.* (STJ – REsp 1349442/PI – Relator: Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) – Órgão julgador: Quinta Turma – Julgamento: 09/04/2013 – Publicação: DJe 15/04/2013).” (Ap 8942/2013, DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 16/04/2014, Publicado no DJE 29/04/2014). (destaquei).

Logo, a questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a condenação do réu **DÉCIO COUTINHO** por haver, na condição de Presidente do INDEA/MT, dispensado indevidamente o procedimento licitatório para a aquisição de cartilhas em favor da empresa LK Editora, de propriedade do corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira**, com a intenção específica de causar prejuízo à autarquia da qual era gestor.

Deveras, é fato incontroverso que as contratações diretas mencionadas na denúncia ocorreram nos exercícios financeiros de 2004 a 2006, enquanto o réu **DÉCIO COUTINHO** era Presidente do INDEA/MT, e que somente ganharam existência no mundo fático-jurídico quando ele homologou as dispensas de licitação por inexigibilidade.

Nesse contexto, resta verificar no caso concreto a presença do elemento subjetivo necessário à configuração da tipicidade do crime em testilha, o qual, repito, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), pressupõe a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

No entanto, detidamente analisados os autos, estou convencido de que o órgão ministerial não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, acima de qualquer dúvida razoável, que tenha havido vontade livre e consciente do agente **DÉCIO COUTINHO** de lesar o erário, predispondo-se em dispensar a licitação com o fim de prejudicar o poder público em benefício próprio ou alheio. Ou seja, não há nenhuma prova de que o denunciado tenha agido dolosamente no sentido de prejudicar o INDEA/MT por meio da manifestação da sua vontade livre e conscientemente dirigida à superação da necessidade de realização da licitação.

Em suma, verte dos autos que após denúncia anônima encaminhada ao Ministério Público Estadual dando conta de suposta malversação de dinheiro público dentro do INDEA/MT, os órgãos de controle, a exemplo da AGE-MT e do TCE-MT, foram instados a promover trabalhos de auditoria que resultaram em relatórios técnicos posteriormente utilizados pelo *Parquet* para subsidiar a denúncia, os quais apontaram que embora o material produzido seja de boa qualidade, não configuraria



produto originário de produção exclusiva da contratada, demais disso, não se teria verificado a inviabilidade da competição, por existir no mercado uma pluralidade de empresas capazes de fornecer o mesmo produto, ou seja, existiria um mercado concorrencial e por isso não estaria caracterizada a inexigibilidade.

Sucedo, porém, que a **dispensa indevida de licitação fora das hipóteses legais constitui ato de improbidade administrativa**, nos termos do art. 10, inc. VIII, da Lei n. 8.429/92, com as alterações da Lei n. 14.230/2021, **mas não necessariamente o ilícito penal** outrora exposto no art. 89 da Lei n. 8.666/93 e atualmente tratado no art. 337-E do Código Penal, afinal, **não é porque houve a dispensa indevida do processo licitatório que o agente público cometeu uma infração penal, dependendo a subsunção da sua conduta ao referido tipo penal da comprovação de que o gestor agiu dolosamente, movido pelo anseio de lesar deliberadamente os cofres públicos.**

Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa de julgado:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO. EX-PREFEITO. CONTRATOS SEM LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. 1. Constitui ato de improbidade administrativa frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. 2. Nas contratações da Administração Pública, a regra é a realização de prévia licitação. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificada fundamentada do gestor público. 3. *Os contratos de arrendamento de veículos apresentados nos autos foram realizados sem qualquer observância aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da publicidade da administração pública. Isso porque, não se verificou quaisquer procedimentos de licitação, tampouco, foi aberto processo administrativo para declinar os motivos de dispensa ou inexigibilidade de procedimento licitatório.* 4. *Recurso improvido.*” (TJPI – AC 00001401220078180099 PI 201100010015906, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Data de Julgamento: 25/02/2014, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 11/03/2014). (grifei).

Veja-se que a despeito da independência entre as instâncias judicial e administrativa, o próprio Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, ao examinar as contas anuais de gestão dos exercícios financeiros de 2005 e 2006 do INDEA/MT – nelas contempladas todas as denúncias, representações e tomadas de contas autuadas naquela Corte referentes aos períodos supracitados –, por meio, respectivamente, do Acórdão n.º 3.195/2006, da relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Júlio Campos, e Acórdão n.º 1.915/2007, da relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Antônio Joaquim, **julgou regulares** as referidas contas, embora **com ressalvas**, por considerar que **as irregularidades detectadas apresentavam natureza de caráter gerencial e administrativa, as quais não causaram dano aos cofres públicos**, além disso, não teria o gestor **DÉCIO COUTINHO** incorrido em crime de responsabilidade fiscal, sendo suficiente à remediação das irregularidades administrativas apuradas, a cominação do gestor ao cumprimento de determinações, dentre elas, a observância aos dispositivos da Lei n.º 8.666/93 (ID 155017046, págs. 153/154 e 157/158).



Deveras, ao ser **interrogado em juízo**, o apelante **DÉCIO COUTINHO** negou veementemente a autoria delitiva e ainda destacou que sequer conhece o corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira**, de modo que jamais manteve com este qualquer vínculo subjetivo, muito menos destinado à contratação direta fora das hipóteses legais com vistas ao próprio beneficiamento ou de terceiros, esclarecendo que o INDEA/MT é uma autarquia estadual formada por uma Presidência, com suas assessorias e duas diretorias, sendo uma técnica e outra administrativa e financeira, possuindo uma grande estrutura descentralizada, tanto que, à época dos fatos, o órgão estava presente em 141 dos 142 municípios mato-grossenses e contava com 17 postos de fiscalização e 12 unidades regionais, e todo processo licitatório tinha a sua origem em uma dessas unidades ou em uma das coordenações, sendo operacionalizados pelas diretorias, não constituindo atribuição da Presidência participar dos certames, incumbindo-lhe somente autorizar inicialmente a instauração do procedimento à vista da documentação inicialmente apresentada e, posteriormente, tomar a decisão final de homologá-lo (ou não), de acordo com os pareceres disponíveis, mas todo o processo operacional e de execução era realizado pelas diretorias, suas respectivas coordenações e demais estruturas descentralizadas.

Em relação aos fatos *sub judice*, destacou que o INDEA/MT tem como prática essas ações educativas e à época era necessário qualificar vacinadores comunitários, principalmente no combate da febre aftosa, de sorte que as cartilhas se destinavam ao treinamento de tais pessoas, sendo certo, outrossim, que o material efetivamente surtiu os efeitos desejados, visto que houve um grande número de propriedades com vacinação completa, principalmente pequenas propriedades rurais, e especificamente em relação aos processos licitatórios mencionados na denúncia, recorda-se que estavam subsidiados por pareceres da assessoria jurídica e da área administrativa da autarquia estadual, diante do que deu prosseguimento aos certames e posteriormente os homologou, desconhecendo detalhes de como foram elaboradas as cartilhas porque não conduziu a execução.

Prosseguindo, afirmou que nunca tratou de qualquer assunto com o corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira** e tampouco houve ajuste de sua parte para que o INDEA/MT arcasse com a produção intelectual e a editora LK com a parte gráfica, desconhecendo de quem partiu a ideia, mesmo porque, não convocou os servidores que atuaram na elaboração das cartilhas, pois quem o fez foi a diretoria técnica, e acrescentou que embora fosse sua atribuição o deferimento do pagamento de diárias enquanto ordenador de despesas, não tinha condições de verificar a justificativa de cada um dos pedidos.

Em arremate, aduziu que não sabe dizer se o processo licitatório é posterior aos contratos, recordando-se que à época da sua intimação para esclarecimentos na DEFAZ, procurou pelo respectivo caderno e descobriu que várias partes do processo haviam desaparecido, motivo pelo qual foram tomadas medidas administrativas para sanar tal falha, e ainda nesse diapasão, quando questionado pela MM.^a Juíza sobre a falta de contemporaneidade das cartas de exclusividade apresentadas pela editora LK, reiterou que enquanto ordenador de despesas e presidente do órgão, limitou-se a homologar a dispensa de licitação diante dos pareceres elaborados pela área técnica, pela assessoria jurídica e pela área administrativa e financeira, justificando a inviabilidade de se verificar individualmente a pertinência de cada modalidade de licitação discriminada nesses pareceres, haja vista o volume de processos licitatórios.



Em sintonia com a autodefesa do acusado, a testemunha **Edson Paulino de Oliveira** explicou sob o crivo do contraditório, que, ao tempo dos fatos, era o Diretor Administrativo e Financeiro do INDEA/MT e cabia à sua equipe a “montagem” dos processos licitatórios juntamente com a comissão de licitação, nunca tendo sido procurado pelo apelante **DÉCIO COUTINHO** e tampouco pelo corréu **Leon Enrique Kalinowski Oliveira** para alterar alguma informação nesses processos de aquisição das cartilhas a fim de que parecesse que a empresa LK detinha a exclusividade sobre o material, assim como jamais ouviu qualquer rumor de que o apelante **DÉCIO COUTINHO** quisesse favorecer o corréu, sublinhando, inclusive, que não existia ingerência do Presidente da autarquia nos processos licitatórios, na medida em que meramente recebia a demanda da área técnica ou da diretoria administrativa quanto à necessidade da licitação, e autorizava ou não a deflagração do processo licitatório ao despachar para a comissão de licitação, vindo a participar novamente só na fase de homologação, mesmo porque, por ser o INDEA/MT uma autarquia grande, com muitas atribuições, era impossível que o presidente lograsse acompanhar *pari passu* todos os processos licitatórios.

Acrescentou, outrossim, que havia a necessidade de elaboração das cartilhas, mas a equipe não dispunha de experiência na confecção do material, razão por que consultaram o SENAR/MT, que os orientou a procurar a empresa LK, por já possuir a *expertise*, diante do que entraram em contato com uma associação brasileira de editores e com os institutos de defesa agropecuária dos Estados de Goiás e Minas Gerais, buscando informações suficientes à elucidação do melhor caminho a ser tomado na aquisição do material didático, além de documentação que, posteriormente, foi incluída no processo licitatório para certificar sobre a exclusividade da empresa, após o que convocaram o corréu para uma reunião da qual **DÉCIO COUTINHO** não participou, ocasião em que **Leon Enrique** apenas explanou aos servidores acerca das atividades da editora [experiência, ações já realizadas, *know how*], não tendo em momento algum sugerido a contratação por inexigibilidade de licitação, nada obstante, diante de todo o acervo que compunha o processo licitatório, a assessoria jurídica do INDEA/MT e o consultor contratado à época pelo órgão, sr. Rubens, acabaram por emitir manifestação acerca da viabilidade da contratação direta por dispensa de licitação.

Em sintonia com a narrativa do então Diretor Administrativo e Financeiro do INDEA/MT, consta dos autos um ofício da ABEAS – Associação Brasileira de Educação Agrícola Superior, informando que produziu o material didático similar ao que o INDEA/MT necessitava, fazendo-o em parceria com a Editora LK, e que os direitos autorais de produção e venda ficaram para ambas as instituições (ID 155017046, p. 163); bem assim, não escapa dos autos as cópias autenticadas das declarações de exclusividade emitidas pelo SNEL – Sindicato Nacional dos Editores de Livros em prol da LK Editora & Comunicação Ltda., e também aquelas tocantes à exclusividade para produção e comercialização das cartilhas, com as respectivas solicitações de registro na Biblioteca Nacional com o padrão numérico internacional ISBN (ID 155017053, págs. 37/61).

A propósito, de acordo com o Tribunal de Contas da União, é lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, tendo o órgão de controle externo citado o normativo federal (IN/MARE n.º 02/98) que permite a contratação direta de editoras, por inexigibilidade, para a compra de livros e periódicos, mencionando, também, e ao contrário da exigência



declinada na sentença ora recorrida quanto à suposta necessidade da certidão de exclusividade estar subscrita pela JUCEMAT, que naquele caso específico, a inviabilidade de competição, respaldada em atestado de exclusividade, poderia ser aferida até mesmo a partir da declaração da Câmara Brasileira do Livro – CBL, que atesta a “*exclusividade da edição, publicação, distribuição e comercialização, em todo o território nacional, das referidas obras*”, *verbis*:

“...esta Casa tem admitido a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita diretamente às editoras, por essas possuírem contratos de exclusividade, com os autores, para a editoração e a comercialização das obras (Decisão nº 1.500/2002-P, Acórdão nº 1.299/2003-1ªC, Acórdão nº 1.889/2007-P, Acórdão nº 835/2009-P, Acórdão nº 6.803/2010-2ªC e Acórdão nº 950/2011-P); ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC)”. Tal orientação, resulta fundamentalmente da inviabilidade de competição, por impossibilidade de efetuar o confronto de ofertas.” (Acórdão n.º 3.290/2011-Plenário, TC-030.180/2010-4, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011).

Corroborando tal documentação e os depoimentos do Diretor Administrativo e Financeiro do INDEA/MT, a testemunha **Rubens da Cruz Pereira**, ao ser ouvido **em juízo**, alegou que ao tempo dos fatos trabalhava como consultor e recorda-se de ter sido procurado pelo sr. Edson Paulino, que lhe mostrou ofício do SENAR/MT sobre as cartilhas para capacitação, tendo mencionado que o INDEA/MT tinha interesse em desenvolver trabalho parecido e lhe perguntou se era possível fazer sob dispensa de licitação como o SENAR/MT havia feito, ao que respondeu positivamente, desde que evidenciados os requisitos legais, sobrevindo, então, a exibição de cartilhas similares elaboradas pela empresa LK para outros Estados e documentos encaminhados pelo SENAR/MT, os quais subsidiavam o parecer técnico, tendo o depoente concluído, à vista de tudo o que lhe foi apresentado à época, que a documentação que instruíra o processo licitatório era suficiente para sustentar a dispensa de licitação, destacando que não saberia dizer se àquele tempo havia outra empresa capaz de executar o mesmo serviço, mas o material disponível no processo licitatório demonstrava à saciedade que a editora LK era capaz de fornecer um material que, naquele momento, não tinha paralelo em Mato Grosso.

Também agregando robustez às palavras do Diretor Administrativo e Financeiro do INDEA/MT, a testemunha **Paulo Emílio Landulfo Medrado de Vinhaes Torres**, **inquirido pela autoridade judiciária**, aduziu que já faz alguns anos é Diretor Geral da ADAB – Agência de Defesa Agropecuária da Bahia, e à época do fato lembra-se que o apelante **DÉCIO COUTINHO** era presidente do INDEA/MT e do Fórum Nacional das Agências de Defesa Agropecuária, as quais comumente trabalham com a elaboração de material educativo para orientação do pequeno ao grande produtor, tendo tomado conhecimento quando arrolado pela DEFAZ-MT para prestar esclarecimentos, que a forma de contratação dessas cartilhas em Mato Grosso teria sido equivocada, porém, nada sabe que desabone o réu, pelo contrário, **DÉCIO COUTINHO** goza de prestígio técnico a nível nacional, tanto que àquele tempo do depoimento, encontrava-se lotado na Confederação Nacional de Agricultura, e embora o depoente não dispusesse de conhecimento sobre detalhes do fato que aconteceu neste Estado de Mato Grosso, pois a relação com **DÉCIO COUTINHO** sempre foi institucional, por terem assumido cargos semelhantes em diferentes estados e ter sido o apelante presidente do Fórum Nacional; acredita que todas as agências trabalham de forma similar, ou seja, em regra, esses processos licitatórios são conduzidos pela Diretoria



Administrativa e instruídos por parecer da Procuradoria Jurídica, cujas chancelas são levadas em consideração antes das assinaturas homologatórias dos presidentes dos órgãos.

No mesmo sentido das provas já citadas, as **declarações judiciais** do então assessor jurídico da instituição, sr. **Alexandre Ferramosca Netto**, são no sentido de que lhe fora encaminhado um processo administrativo de natureza interna pleiteando a aquisição de cartilhas educativas, o qual continha uma série de documentos que sugeriam a dispensa por inexigibilidade da licitação, a saber, o parecer prévio da Diretoria Técnica do INDEA/MT e um documento emitido por órgão oficial com sede em Brasília/DF, que certificava a exclusividade da empresa LK, subsidiado por documentos da FAMATO e dos institutos de defesa sanitária de Goiás e Minas Gerais, atestando que a empresa havia lhes prestado serviços semelhantes aos almejados pelo INDEA/MT, ensejo no qual aduziu que, embora não se recorde se foi feita uma pesquisa para identificar se alguma outra empresa em Mato Grosso entregava o mesmo produto, a instrução do processo licitatório dava condições de emitir o parecer conforme a conclusão aposta quanto à possibilidade de contratação direta, nunca tendo recebido ordem de quem quer que seja para se manifestar pela inexigibilidade da licitação.

No ponto, curial destacar, porquanto tal argumento foi utilizado na sentença para sustentar o desfecho condenatório, que conquanto a testemunha em questão tenha afirmado durante a inquirição judicial que, via de regra, os processos licitatórios concluídos pelo INDEA/MT eram repassados à Secretaria de Estado de Administração para uma espécie de “confirmação”, diferentemente do quanto defendido pela magistrada sentenciante, além de inexistir nos autos prova de que tal formalidade não tenha sido observada – uma vez que algumas folhas dos processos licitatórios objetos da denúncia aparentemente desapareceram, tanto que os presentes autos sequer contam com cópias dos contratos firmados entre o INDEA/MT e a empresa LK Editora & Comunicação Ltda. –, a só eventual inobservância de procedimento sequer previsto em Lei não comprova intenção espúria dos denunciados.

Ademais, verte do acervo probatório que a testemunha **Mauro Carlos Vieira**, ao ser inquirida **sob o crivo do contraditório**, explicou ter sido o Presidente da Comissão de Pregão e Licitação à época, motivo pelo qual tem conhecimento de que quando o processo licitatório chegou em suas mãos, estava instruído com parecer da área técnica e com um documento da FAMATO, contexto no qual, analisando os autos “*com toda cautela do mundo*” (sic), concluiu que, em tese, era cabível a inexigibilidade de licitação, mas como o caso merecia um estudo mais apurado, remeteu o processo à assessoria jurídica, jamais lhe tendo sido solicitado por quem quer que seja que subscrevesse parecer favorável à dispensa de licitação.

No tocante à execução do contrato, verte dos autos que foram elaborados 04 (quatro) tipos de manuais didáticos (cartilhas) com os seguintes títulos: “*Aplicação de Agrotóxicos com Pulverizador Costal Manual*” e “*Manual de Uso Correto e Seguro de Produtos Agrotóxicos*”, **elaborados por Amândio Pires Júnior e Marta Aparecida Furquim Ferreira**; e “*Aplicação de Vacina contra Febre Aftosa*” e “*Aplicação de Vacina contra Brucelose*”, **elaboradas por João Marcelo Brandini Néspoli e Gustavo Alves de Abreu**.



Ao ser **inquirida em juízo**, a testemunha **Amândio Pires Júnior**, coautor dos manuais sobre aplicação de agrotóxicos, narrou ser servidor efetivo do INDEA/MT e à época trabalhava “na área de defensivos agrícolas”, recordando-se que seu coordenador solicitou auxílio seu e da servidora efetiva Marta Furquim na confecção dessas cartilhas, pois, os servidores detinham o conhecimento especializado das peculiaridades do Estado de Mato Grosso e, principalmente, dos atos normativos de autoria da autarquia estadual e que regulamentavam a atividade de defesa agropecuária estadual [conteúdo intelectual], cabendo ao corréu **Leon Enrique** trocar ideias e sugestões com a equipe que atuava na elaboração do conteúdo dos manuais, bem assim, incumbia a ele a orientação para a formatação do material e a confecção do *layout*, visto que era necessário o registro de um passo a passo bem didático, tendo trabalhado nesta tarefa por cerca de quatro meses, ínterim durante o qual recebeu a devida contraprestação da editora LK a título de direitos autorais, e devido ao seu conhecimento e experiência, foi o responsável por agendar data com um assentamento rural em Campo Verde/MT a fim de que os funcionários da empresa LK fotografassem cada uma das tarefas necessárias à operação de aplicação de defensivos agrícolas, desde a demarcação, a fim de ilustrar os manuais, que foram efetivamente confeccionados e distribuídos, nada sabendo informar quanto ao procedimento licitatório, e finalizou aduzindo que nunca ouviu falar de eventual direcionamento da licitação para beneficiar determinada empresa.

Na mesma linha, a testemunha **Marta Aparecida Furquim Ferreira**, coautora dos manuais sobre aplicação de defensivos agrícolas, ao ser **ouvida em juízo**, esclareceu que é servidora efetiva do INDEA/MT e estava lotada em uma unidade descentralizada localizada no interior do Estado, quando foi convocada para permanecer em Cuiabá/MT durante cerca de 5 (cinco) dias a fim de auxiliar na elaboração da cartilha sobre uso e aplicação de agrotóxicos, tendo auferido diárias para tanto, bem assim, assinou um contrato de cessão de direitos autorais e recebeu a respectiva remuneração, incumbindo a ela e ao colega **Amândio** a elaboração dos textos de acordo com a legislação do órgão estadual, ao passo que o corréu **Leon Enrique**, dada a experiência que possuía na produção desses materiais, os acompanhava e os orientava, mormente na formatação, destacando que a elaboração dessas cartilhas necessariamente deveria contar com o auxílio dos funcionários da área técnica do INDEA/MT por conta do conhecimento que tais servidores detem acerca dos atos normativos do órgão [regulamentações] e das peculiaridades do Estado, tendo se sentido prestigiada quando, após concluir seu mestrado, foi convidada pela coordenadoria técnica da autarquia para participar da elaboração dos manuais, que foram efetivamente distribuídos e têm utilidade.

Não destoando das declarações precedentes, a testemunha **João Marcelo Brandini Néspoli**, coautor dos manuais sobre aplicação das vacinas contra febre aftosa e brucelose, ao ser **inquirido pela autoridade judiciária**, explicou que a empresa LK Editora & Comunicação Ltda. tem o método de elaboração das cartilhas e os servidores do INDEA/MT detinham o conteúdo intelectual, por isso, foi convocado pela área técnica para auxiliar na confecção do material, que fora efetivamente distribuído e possuía muita qualidade por ser demasiado completo, visto que até a forma de fotografar a vacinação era orientada pela editora LK, que lhe pagou uma contraprestação a título de direitos autorais, jamais tendo ouvido falar que houve direcionamento do processo licitatório para beneficiar tal empresa, mesmo porque, não tem conhecimento sobre a condução da licitação.



Igualmente, a testemunha **Gustavo Alves de Abreu, auscultado sob o crivo do contraditório**, também coautor dos manuais sobre aplicação das vacinas, afirmou ser técnico de defesa agropecuária e florestal e, ao tempo dos fatos, era o responsável pelo INDEA/MT em Arenápolis/MT e outros municípios fronteiriços, lembrando-se que seu coordenador o convocou por meio de ordem de serviço para ajudar na elaboração das cartilhas sobre vacinação, incumbindo-lhe a tarefa de revisão bibliográfica, tempo durante o qual permaneceu no Centro de Treinamento do INDEA/MT em Cuiabá/MT, recebeu diárias e foi remunerado pela empresa LK após cessão dos direitos autorais, tendo nenhum conhecimento a respeito das questões licitatórias e jurídicas ligadas à confecção desses manuais, cuja elaboração e formatação foi toda conduzida pelo corréu **Leon Enrique**, que é o dono da editora e atuou na orientação quanto à elaboração do manual, nada sabendo dizer a respeito da eventual participação do apelante **DÉCIO COUTINHO** nessa empreitada, a quem só conhece por ter sido Presidente do INDEA/MT, não tendo com ele mantido qualquer contato enquanto auxiliava na confecção das cartilhas.

Corroborando o panorama até então apresentado, tem-se o depoimento da testemunha **Otávio Silveira Gravina, ouvido por carta precatória**, o qual esmiuçou que o maior cliente da editora LK era o SENAR, e para elaboração desses manuais educativos oriundos maiormente de termos de cooperação técnica, tal qual ocorrera entre o INDEA/MT e o SENAR/MT, primeiramente, era celebrado o contrato com o adquirente das cartilhas, após o que era feita a seleção dos consultores técnicos a partir do quadro de servidores do órgão contratante, os quais forneciam orientações a respeito do objetivo que esperavam com as cartilhas. Assim, selecionados três especialistas no tema, eram confinados geralmente em um hotel durante cerca de uma semana, período durante o qual eram confrontados em suas áreas de conhecimento e elaborava-se um rascunho do texto da cartilha, sobrevivendo, então, a organização metodológica daquele conteúdo pelos funcionários da LK, cuja equipe de produção ia à campo fazer fotografias e filmagens a respeito do tema, conforme o roteiro programado, ao que se seguia a revisão gramatical e a diagramação do texto na sede da empresa em Brasília/DF, e, posteriormente, a revisão final tanto pelos autores (especialistas selecionados) quanto pelos funcionários da LK. (ID 155017056, págs. 203/206).

Ao que se vê, a prova judicializada não é incontestada quanto à possibilidade de competição no que se refere ao objeto do contrato firmado diretamente entre o INDEA/MT e a empresa LK Editora & Comunicação Ltda., ao contrário, as provas amealhadas demonstram que a contratada efetivamente possuía o *know how* para elaboração das cartilhas, tendo se servido do auxílio dos servidores do INDEA/MT dada a especialização deles quanto à realidade agropecuária e florestal do Estado de Mato Grosso e, principalmente, em virtude do conhecimento que possuíam a respeito dos atos normativos emanados da autarquia e que regulamentam no âmbito estadual as atividades sob a fiscalização da instituição, sendo cediço que o artigo 89, segunda parte, da Lei n.º 8.666/93, é norma penal em branco, a qual, quanto às formalidades a que alude, é complementada pelo art. 26 da mesma Lei. Por conseguinte, o delito em questão tutela bem jurídico voltado aos princípios da administração pública (CF, art. 37), motivo pelo qual o descumprimento das formalidades só tem pertinência à repressão penal quando envolvido com a violação substantiva àqueles princípios, o que não se percebe estreme de dúvidas.



Não logrou êxito a Acusação em demonstrar a vontade conscientemente dirigida, por parte do réu **DÉCIO COUTINHO**, de superar a necessidade de realização da licitação. Ao revés, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório dá conta de que toda a documentação acostada aos processos licitatórios não permitia, até aquele momento, conclusão diversa de que o caso era mesmo de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, e como já repisado outrora, a mera ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e houver demonstração da vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, o que não foi o caso, não tendo o *Parquet* logrado comprovar qualquer tipo de intenção por parte do apelante de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

Ademais, nenhuma testemunha ouvida em juízo logrou comprovar qualquer liame subjetivo entre os acusados, muito menos no desiderato de induzir a erro os servidores do INDEA/MT a fim de emplacarem indevidamente uma dispensa de licitação por inexigibilidade a fim de alcançarem benefícios próprios em detrimento do erário público – tal qual narrado pelo Órgão Ministerial na denúncia.

Aliás, o dano aos cofres públicos decorrente da dispensa de licitação não pode se limitar às arguições ministeriais de que a contratação foi realizada em afronta à lei e que o processo licitatório foi montado para “mascarar” a contratação irregular, simulando o atendimento ao princípio da legalidade.

No caso, as justificativas do preço, da escolha do fornecedor e a ratificação do procedimento atenderam às formalidades legais no que diz com a perspectiva do denunciado, cuja conduta estava lastreada em pareceres técnicos e jurídicos razoavelmente justificados, e não restou identificado conluio ou concertamento fraudulento entre o apelante **DÉCIO COUTINHO**, o codenunciado **Leon Enrique** e os pareceristas, nem intenção de fraudar o erário ou de enriquecimento ilícito, de modo que a ausência constatável *ictu oculi* de indícios mínimos de tipicidade objetiva e subjetiva, inviabiliza um prognóstico fiável de confirmação da hipótese acusatória, *ex vi*: STF – Inq 3962, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 11-09-2018 PUBLIC 12-09-2018.

Os únicos atos comprovadamente cometidos pelo denunciado **DÉCIO COUTINHO** foram a homologação do resultado dos certames e a assinatura dos respectivos contratos, mas a homologação não é - com certeza - ato de execução do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, na medida em que não se encontra incluída no rol nuclear do tipo penal.

Diante deste cenário, estou convencido de que não há prova suficiente da autoria atribuída ao apelante, sequer na condição de partícipe, pois, o partícipe deve estar associado ao autor, praticando atos ancilares a fim de proporcionar ao autor os meios para praticar os atos nucleares do tipo, sendo os atos do partícipe sempre subsidiados por sua associação psicológica com o autor e, no presente



caso, não há qualquer indício que assinala que a homologação do resultado das licitações ou a assinatura dos respectivos contratos sejam as manifestações materiais de qualquer acordo prévio entre os réus para o cometimento dos crimes imputados.

Registre-se que as mesmas conclusões são obtidas se o contexto for analisado à vista da teoria final-objetiva [domínio funcional do fato], visto que não é de se supor que a condição de Presidente do INDEA/MT tenha o condão, por si só, de alçar o acusado **DÉCIO COUTINHO** à condição de partícipe ou de autor (funcional) dos supostos crimes informados na peça acusatória; de sorte que não é demais concluir que a imputação *in casu* configura escancarada manifestação da responsabilidade objetiva em matéria penal, repudiada pelo Direito Penal Brasileiro.

A condenação em direito penal exige a comprovação da existência do fato criminoso, não bastando ilações de que o agente deva ser responsabilizado pelo crime em tela, simplesmente pela condição de ter sido Presidente do INDEA/MT e ordenador de despesas, sendo necessária a aferição indevida de vantagem econômica, de todo não comprovada.

Como de curial sabeiça, a existência de meros indícios não autoriza a condenação, na medida em que esta exige a certeza de que o delito foi cometido dolosamente pelo réu, e inexistindo provas seguras de que o acusado **DÉCIO COUTINHO** agiu dolosamente em prejuízo da coletividade, **não há como manter-lhe a condenação** pelo crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço e **DOU PROVIMENTO** ao apelo manejado pelo réu **DÉCIO COUTINHO** em face da r. sentença proferida pelo d. juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá/MT nos autos da ação penal n.º 0015532-61.2007.8.11.0042, a fim de rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e a prejudicial de mérito de extinção da punibilidade à conta de suposta *abolitio criminis*, para então **absolvê-lo** da imputação da prática do **delito do art. 89 da Lei n.º 8.666/93**, na forma do art. 386, inc. VII, do CPP, tornando **PREJUDICADO o apelo manejado pelo Ministério Público Estadual** no intuito de ver majorada a pena imposta.

É como voto.

Data da sessão: Cuiabá-MT, 24/04/2024

