



Número: **5005665-10.2020.4.03.6104**

Classe: **AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

Órgão julgador: **5ª Vara Federal de Santos**

Última distribuição : **27/10/2020**

Valor da causa: **R\$ 1.209.689,34**

Processo referência: **0001439-18.2018.403.6104 - 5 VF**

Assuntos: **Crimes da Lei de licitações, Corrupção ativa, Crimes previstos na Lei da Organização**

**Criminosa**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
<b>MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (AUTOR)</b>	
JOSE ALEX BOTELHO DE OLIVA (REU)	FERNANDO AUGUSTO BERTOLINO STORTO (ADVOGADO) LUIZ FERNANDO SIQUEIRA DE ULHOA CINTRA (ADVOGADO) ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)
FRANCISCO JOSE ADRIANO (REU)	RODRIGO DE AZEVEDO MARTINS (ADVOGADO) RENATO GUIMARAES CARVALHO (ADVOGADO) ROBERTO DELMANTO JUNIOR (ADVOGADO) ROBERTO DELMANTO (ADVOGADO) AMANDA FERNANDES ADRIANO (ADVOGADO)
CELINO FERREIRA DA FONSECA (REU)	LUIZ HENRIQUE VIEIRA (ADVOGADO) DANIELA APARECIDA DOS SANTOS (ADVOGADO) ALEXANDRE JEAN DAOUN (ADVOGADO)
CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO (REU)	MARCOS GUIMARAES SOARES (ADVOGADO) CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN (ADVOGADO)
GABRIEL NOGUEIRA EUFRASIO (REU)	PATRICK RAASCH CARDOSO (ADVOGADO) EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI registrado(a) civilmente como EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI (ADVOGADO)
FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS (REU)	FABIO SPOSITO COUTO (ADVOGADO)
MARCO ANTONIO MUNARI (REU)	RENATA RODRIGUES GARROTE SIERRA (ADVOGADO) GERSON MENDONCA (ADVOGADO) GUSTAVO FRANCEZ (ADVOGADO)

**Documentos**

Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
29303 1121	07/07/2023 15:50	<a href="#">Sentença</a>	Sentença

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO (283) Nº 5005665-10.2020.4.03.6104

5ª Vara Federal Criminal, do Júri e de Execução Penal de Santos/SP

AUTOR: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

REU: JOSE ALEX BOTELHO DE OLIVA, FRANCISCO JOSE ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRASIO, FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, MARCO ANTONIO MUNARI

Advogados do(a) REU: ANDRE FERREIRA - SP346619, FERNANDO AUGUSTO BERTOLINO STORTO - SP367946, LUIZ FERNANDO SIQUEIRA DE ULHOA CINTRA - SP193026

Advogados do(a) REU: AMANDA FERNANDES ADRIANO - SP332095, RENATO GUIMARAES CARVALHO - SP326680, ROBERTO DELMANTO - SP19014, ROBERTO DELMANTO JUNIOR - SP118848, RODRIGO DE AZEVEDO MARTINS - SP427171

Advogados do(a) REU: CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN - SP123841-A, MARCOS GUIMARAES SOARES - SP141862-A

Advogados do(a) REU: ALEXANDRE JEAN DAOUN - SP152177, DANIELA APARECIDA DOS SANTOS - SP263842, LUIZ HENRIQUE VIEIRA - SP320868

Advogados do(a) REU: EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964, PATRICK RAASCH CARDOSO - SP191770

Advogado do(a) REU: FABIO SPOSITO COUTO - SP173758

Advogados do(a) REU: GERSON MENDONCA - SP195652, GUSTAVO FRANCEZ - SP172509, RENATA RODRIGUES GARROTE SIERRA - SP184198

## S E N T E N Ç A

Vistos.

**JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO, FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS e MARCO ANTÔNIO MUNARI** foram denunciados como incurso nas penas do art. 312 do Código Penal e art. 92 da Lei nº 8.666/93 pela prática de condutas que foram assim descritas pelo Ministério Público Federal:

"(...)"



*Segundo consta dos autos, JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, forma consciente, livre e voluntária, desviaram valor, em proveito alheio, na condição de funcionários públicos, conduta tipificada no artigo 312 do Código Penal.*

*Consta também que, para a perpetração do delito, contaram com a essencial participação do denunciado MARCO ANTONIO MUNARI, que também praticou o delito previsto no artigo 312 do Código Penal.*

*Também é dos autos que JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, de forma consciente, livre e voluntária, admitiram, possibilitaram e deram causa a vantagem em favor de adjudicatário durante execução de contrato celebrado com o Poder Público, sem autorização em lei e nos respectivos instrumentos contratuais, conduta tipificada no artigo 92 da Lei 8.666/93.*

*Conforme apurado, a Controladoria-Geral da União identificou pagamento realizado pela CODESP para a empresa DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA no valor de R\$ 1.209.689,34, a título de suposto reequilíbrio econômico-financeiro de contrato. Tinha-se por alegação que o fornecedor teria tido prejuízo na aquisição do produto, cotado em moeda estrangeira.*

*Verificou-se que o primeiro pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, no dia 06/11/2015, foi indeferido pela Diretoria de Operações Logísticas, que alegou que se fosse concedido a proposta da DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA deixaria de ser a mais favorável para se tornar a mais elevada da licitação.*

*Outros pedidos, de igual teor, foram intentados pela empresa DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, sendo igualmente indeferidos. Apurou-se que, no total, foram três tentativas indeferidas pelo setor técnico, com a concordância, no mesmo sentido, do setor jurídico nas duas primeiras ocasiões.*

*Contudo, na quarta tentativa, protocolada em 24.08.2016, mais de um ano depois do indeferimento do primeiro pedido, o pleito foi*



*aprovado pelo setor jurídico da Codesp, por meio de pareceres e despachos exarados por GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO, Superintendente Jurídico à época e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, assessor da SUJUD e, em seguida, em reunião da Diretora Executiva, ocorrida em de 27.09.2016.*

*Participaram da referida reunião e foram responsáveis pela aprovação do pagamento 2 os denunciados JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, Diretor-Presidente; FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, Diretor de Administração e Finanças; CELINO FERREIRA DA FONSECA, Diretor de Operações Logísticas e CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, Diretor de Relações com o Mercado e Comunidade.*

*Além de aprovar pagamento indevido, com recursos públicos, o valor aprovado, sem qualquer explicação ou justificativa lógica foi maior do que o solicitado e diferente de qualquer outro valor constante anteriormente do procedimento instaurado para pagamento.*

*A questão foi analisada pelo Tribunal de Contas da União que, sobre a decisão da Diretoria Executiva afirmou que 'a ata da reunião da Diretoria Executiva (Direxe) em que se aprovou o pagamento menciona ter sido apresentada planilha que diria ser cabível a indenização de R\$ 1.629.657,24. Tal valor é diferente de qualquer outro registrado nos autos. Não corresponde aos valores requeridos nos diversos pedidos e nem ao menos ao valor mencionado por Frederico Spagnuolo em seu despacho, que tem a mesma data da reunião da Direxe'.*

*Depois de devidamente aprovado pela Diretoria Executiva, composta pelos denunciados JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, e CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, o pagamento foi efetivado em 29.09.2016.*

*Também analisando a regularidade da questão, a Controladoria-Geral da União, por meio de nota técnica, foi peremptória em indicar inúmeras irregularidades e ilegalidades. Com isso, não há dúvidas que o pagamento foi completamente indevido. Assim transcrevemos trecho da citada nota técnica:*

*'A decisão da administração - de autorizar um pagamento sem nenhuma cobertura - foi tomada à revelia e principalmente em desacordo com o procedimento que disciplina o processo de pagamento, ou seja, não teve trâmite normal, não transitou pelo Contas a Pagar, não se verificou, nem mesmo, a regularidade fiscal.*



*A Diretoria Executiva tinha, à época, conhecimento das informações necessárias e suficientes para o não pagamento do pleito.*

*O pagamento foi claramente indevido, seja pela ausência de documento fiscal que de suporte ao pagamento, segundo a Nota técnica nº 02, emitido em 28.02.18, pela Superintendência de Auditoria da CODESP, por meio do Relatório Ac-01-20174 - que não houve variação cambial significativa no período de execução do contrato.*

*A irregularidade também consta registrada no Relatório da Auditoria Interna AC 01.2018, ratificado pelo Conselho Fiscal que recomenda à CODESP a adoção de medidas com vistas a solucionar o pagamento indevido realizado, não obstante o enorme prazo decorrido tendo em vista que o valor foi registrado em conta transitória em 29.09.2016.*

*Não obstante a recomendação à Diretoria Executiva - DIREXE que reavaliasse o pagamento, nenhuma medida foi tomada visando o ressarcimento do prejuízo, mesmo já tendo se passado 18 meses do referido pagamento.*

*Ao contrário, a Administração classificou como despesa a título de indenização (conta contábil nº 33104004) reduzindo o resultado do exercício em R\$ 1.209.689,34.*

*Ademais, além das recomendações da Auditoria Interna e do ato ter sido relatado pela Auditoria Independente, ainda, em 2016, e ressaltado em 2017, foi objeto de análise do Relatório nº 201701112, referente Auditoria Anual de Contas do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.'*

*Também analisando a questão, concluiu igualmente o Tribunal de Contas da União, pela completa irregularidade no procedimento e pagamento:*

*'Conforme demonstrado na análise técnica, exposta nos itens 11 a 67:*



a) a empresa Domain registrou declarações falsas ao apresentar valores distintos em seus diversos pedidos e ao afirmar, em cada um, que efetivamente sofreu prejuízos correspondentes aos valores mencionados; a postura demonstra dolo pela intenção de lesar a Codesp em benefício próprio;

b) a empresa não apresentou comprovação alguma de que teria efetivamente pago pelos produtos fornecidos pela Oracle aplicando-se qualquer das taxas apresentadas como base de cálculo para seu alegado prejuízo, não comprovando, assim, qualquer dos valores alegados;

c) tanto a SUJUD quanto a DIAFI tinham conhecimento da existência dos diversos pleitos, com valores distintos, e das negativas anteriores;

d) os pareceres e despachos exarados pelos Srs. Frederico Spagnuolo de Freitas e Gabriel Nogueira Eufrásio ignoram o fato de a empresa ter apresentado valores diversos em seus pleitos, não fazem qualquer juízo quanto à pertinência dos valores apresentados e não questionam a validade dos pressupostos que justificariam o reequilíbrio. Distorcem a realidade em benefício dos argumentos a favor da Domain, tecendo verdadeiras defesas à aplicação da teoria da imprevisão ao caso em análise e alegando vantagem no pagamento da indenização pela Codesp, supostamente para evitar passivos futuros;

e) o despacho do Sr. Frederico, corroborado por despacho do Sr. Gabriel, mistura e seleciona as informações mais favoráveis à defesa da Domain, mencionando valores de dois pedidos distintos e suposta afirmação da empresa de que aceitaria o pagamento de valor inferior ao prejuízo devido - informação que não consta nos autos. Tal fato, aliado à tramitação atípica do terceiro e quarto pedidos, com sucessivas idas e vindas entre os setores, sem resposta ao terceiro pedido e sem manifestação da área técnica no quarto pedido, sugere que houve tratativas não registradas no processo;

f) a Deixe decidiu favoravelmente ao pagamento de R\$ 1.209.686,34, afim de evitar a judicialização do assunto, ante a suposta vantagem em relação ao valor apresentado como cabível, de R\$ 1.629.657,24 - valor diferente de qualquer outro constante nos autos;



*g) a desvalorização cambial ocorrida não foi exagerada e tampouco inesperada, inexistindo os pressupostos para aplicação da teoria da imprevisão, do que resulta que nenhum pagamento seria devido, configurando-se débito no valor histórico de R\$ 1.209.686,34;*

*h) a conduta dos dois integrantes da SUJUD, em evidente favorecimento à Domain e em prejuízo da Codesp, afronta os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público;*

*i) também concorreram para o pagamento indevido da indenização, além dos dois integrantes da SUJUD, os integrantes Diretoria Executiva que aprovaram o pleito e a empresa beneficiada.*

*O Tribunal de Contas da União, também, analisou o caso e condenou a empresa DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, cujo responsável é o denunciado MARCO ANTONIO MUNARI, bem como os denunciados JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS.*

*Diante disso, não restam dúvidas de que a conduta dos denunciados, JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, agindo de modo pré-ordenado, organizado, com unidade de desígnios e contando com a participação essencial do denunciado MARCO ANTONIO MUNARI, foi ilegal, visto que o pagamento aprovado foi indevido e realizado contrariando normas e regulamentos, além de não possuir nenhum respaldo fático ou jurídico que o autorizasse.*

*Ressalte-se, inclusive, que existe a real possibilidade de que esse pagamento ilegal tenha sido motivado com a finalidade de posterior recebimento de vantagem indevida por parte dos funcionários da Codesp envolvidos. Entretanto, este fato ainda é objeto de investigação e não é tratado na presente denúncia.*

*Além da ilegalidade no pagamento, verifica-se que não foi observado o dever de retenção de importância relativa ao imposto de renda devido, que seria da importância de R\$ 114.315,64. Nessa linha, consta que durante o cumprimento de mandados de busca e apreensão, foi apreendido documento, na mesa do denunciado FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, dando conta de mais uma ilegalidade praticada.*



*No documento, apreendido pela Polícia Federal, o Gerente de Contabilidade da CODESP, Mario Sergio Alonso alerta para a irregularidade na execução do pagamento, ter sido realizado antes mesmo da emissão de documento fiscal pelo representante da empresa DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA bem como de cobrar a devolução dos valores não retidos a título de impostos Federais.*

*Na sequência, trecho do Relatório de Análise de Material Apreendido 21, com os pertinentes comentários dos policiais Federais responsáveis pela análise do material:*

*(...)*

*A autoria delitiva, encontra-se adequadamente delineada pela conduta dos denunciados, conforme já detalhado nessa denuncia e, em especial, nos termos especificados a seguir.*

*JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, era o então Diretor-Presidente da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, integrava a Diretoria Executiva (DIREXE) que aprovou o pagamento à DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, pagamento este, aliás, que foi aprovado em valor diferente de qualquer outro constante dos diversos pedidos formulados pela empresa.*

*FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, foi Diretor de Relações com o Mercado e Comunidade (01/01 a 14/07) e Diretor Administrativo e Financeiro (14/07 a 31/12 da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, integrava a Diretoria Executiva (DIREXE) que aprovou o pagamento à DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, pagamento este, aliás, que foi aprovado em valor diferente de qualquer outro constante dos diversos pedidos formulados pela empresa.*

*CELINO FERREIRA DA FONSECA, foi Diretor Administrativo e Financeiro (01/01 a 08/04) e Diretor de Operações e Logística (14/07 a 31/12 da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, integrava a Diretoria Executiva (DIREXE) que aprovou o pagamento à DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, pagamento este, aliás, que foi aprovado em valor diferente de qualquer outro constante dos diversos pedidos formulados pela empresa.*



*CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, foi Diretor de Operações e Logística (01/01 a 14/07) e Diretor de Relações com o Mercado e Comunidade (14/07 a 31/12) da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, integrava a Diretoria Executiva (DIREXE) que aprovou o pagamento à DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, pagamento este, aliás, que foi aprovado em valor diferente de qualquer outro constante dos diversos pedidos formulados pela empresa.*

*GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO foi Superintendente Jurídico da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP e atuou em diversos processos (que são objetos de investigação da operação Tritão e não integram a presente denúncia, mas que oportunamente devem ser objeto de acusação) para sustentar juridicamente a autorização de contratação, aditamento, reequilíbrio de preços e pagamentos, de forma enviesada, revestindo os atos de pretensão amparo legal, visando dar ar de legalidade e buscando uma verdadeira blindagem para a Diretoria e Conselho de Administração da Codesp. Emitiu parecer favorável ao pagamento da DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, permitindo que a Diretoria Executiva (DIREXE) aprovasse o pagamento, pagamento este, aliás, que foi aprovado em valor diferente de qualquer outro constante dos diversos pedidos formulados pela empresa.*

*FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, foi assessor do Superintendente Jurídico e exarou despacho favorável ao pagamento da DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, juntamente com o denunciado GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO, permitindo que a Diretoria Executiva (DIREXE) aprovasse o pagamento, pagamento este, aliás, que foi aprovado em valor diferente de qualquer outro constante dos diversos pedidos formulados pela empresa.*

*MARCO ANTONIO MUNARI, responsável pela empresa DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA, foi o responsável por formular diversos pedidos que acabaram por dar supedâneo ao ilícito praticado. Conforme já exposto, 'a empresa Domain registrou declarações falsas ao apresentar valores distintos em seus diversos pedidos e ao afirmar, em cada um, que efetivamente sofreu prejuízos correspondentes aos valores mencionados', além disso, 'não apresentou comprovação alguma de que teria efetivamente pago pelos produtos fornecidos pela Oracle aplicando-se qualquer das taxas apresentadas como base de cálculo para seu alegado prejuízo, não comprovando, assim, qualquer dos valores alegados'. Assim, diante do requerimento descabido formulado pela empresa, foi possível deflagrar o processo de 'pagamento', culminando no efetivo desfalque aos cofres da CODESP.*

*A materialidade delitativa, por sua vez, encontra-se estampada na vasta documentação encartada à presente inicial, produzida nos*



*autos do Inquérito Policial nº 0072/2018 (Autos JF nº 0001439-18.2018.4.03.6104), em especial nos documentos apreendidos e na criteriosa análise técnica realizada pela Controladoria-Geral da União e pelo Tribunal de Contas da União materializada nos documentos por estas instituições produzidos.*

### *3. TIPIFICAÇÃO PENAL*

*Perpetrando os fatos anteriormente descritos, os denunciados JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, de forma consciente, livre e voluntária, desviaram valor, em proveito alheio, na condição de funcionários públicos, conduta tipificada no artigo 312 do Código Penal.*

*Consta também que, para a perpetração do delito, contaram os demais denunciados com a essencial participação de MARCO ANTONIO MUNARI, que recebeu os valores indevidamente desviados, em seu proveito, ciente da ilegalidade e da condição de servidores públicos ostentada pelos demais acusados, que também praticou a conduta típica prevista no artigo 312 do Código Penal.*

*Também perpetrando os fatos anteriormente descritos, os denunciados JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS, forma consciente, livre e voluntária, admitiram, possibilitaram e deram causa a vantagem em favor de adjudicatário durante execução de contrato celebrado com o Poder Público, sem autorização em lei e nos respectivos instrumentos contratuais, conduta tipificada no artigo 92 da Lei 8.666/93."*

Por intermédio da decisão de Id 41180041 foi declarada a extinção da punibilidade de **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA** em relação ao crime previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/93, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal. Na mesma oportunidade, foi facultado ao Ministério Público Federal a juntada de documentos adicionais para exame de admissibilidade da denúncia.

Juntados documentos, a denúncia foi recebida em 15.12.2020 (Id 43416384). Entrementes, o Ministério Público Federal e MARCO ANTÔNIO MUNARI celebraram acordo de não



persecução penal (Id 54472426), que foi homologado em 17.06.2021 (Id 55633986), motivo pelo qual a inicial não foi recebida em desfavor desse investigado.

Citados, os réus apresentaram respostas escritas à acusação (Id's 47064262, 47727375, 47739058, 54994055, 91440977 e 98056666). Na sequência, foi determinada a juntada de novos documentos pela acusação (Id 118100950), o que foi atendido (Id 122289689).

Ratificado o recebimento da denúncia (Id 187152602), determinado desentranhamento de determinadas provas dos autos (Id 243073137), foram ouvidas as testemunhas arroladas (Id's 251478475, 253174545, 254373289, 255791416, 257189087), e promovidos os interrogatórios (Id's 262438945 e 274761614).

Instadas a se pronunciarem nos termos do art. 402 do Código de Processo Penal, a defesa de **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA** postulou a expedição de ofícios à CODESP e ao Banco Central do Brasil para que tais entidades informassem o valor exato pago a título de reequilíbrio do contrato DP nº 75/2014 e o histórico mensal da cotação do dólar comercial nos meses de julho de 2014 e janeiro e fevereiro de 2015 (Id 275479211), respectivamente, o que foi acolhido (Id 276871639).

Com a vinda dessas informações (Id's 280323509 e 289227514), as partes foram intimadas a apresentarem alegações finais escritas. Ministério Público Federal postulou o acolhimento integral da denúncia, argumentando para tanto, em suma, estarem suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas (Id 284300895).

Ao seu turno, os acusados apresentaram os memoriais acostados sob os Id's 291087399, 291107570, 291137739, 291162260, 291183266 e 291187492.

**CELINO FERREIRA DA FONSECA** suscitou as seguintes preliminares:



- Irretroatividade da Lei nº 14.133/2021 que exasperou a pena em abstrato do fato típico anteriormente tipificado no art. 92 da Lei nº 8.666/1993;

- Impossibilidade de utilização da confissão instrumentalizada por MARCO ANTÔNIO MUNARI em sede de acordo de não persecução penal, como forma de comprovação dos crimes dos demais acusados.

**FRANCISCO JOSÉ ADRIANO** suscitou as seguintes preliminares:

- Imposição da sua absolvição, em razão de suposto erro grosseiro na descrição fática contida na denúncia, por ter restado demonstrado no decorrer da instrução que o valor requisitado pela empresa DOMAIN à título de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato foi aquele rigorosamente aprovado e pago pela CODESP.

- Inépcia da denúncia e ausência de justa causa.

- Ocorrência de suspeição decorrente da homologação da confissão de MARCO ANTÔNIO MUNARI em sede de acordo de não persecução penal, o que poderia, em tese, contaminar a necessária imparcialidade.

- Nulidade das audiências em que foram realizados os interrogatórios, em razão de não ter sido permitido ao acusado acompanhar os interrogatórios dos demais réus.

- Imperiosidade da sua absolvição, em função do Ministério Público Federal não ter produzido qualquer prova ao longo da instrução, não tendo nem ao menos arrolado testemunhas.



- Impossibilidade de utilização do acordo de não persecução penal como meio de prova, em razão de MARCO ANTÔNIO MUNARI ter aderido e subscrito confissão apenas para usufruir do acordo a ele proposto.

- Necessidade de conversão do julgamento em diligência para realização da oitiva de MARCO ANTÔNIO MUNARI sob o crivo do contraditório, em razão do Ministério Público Federal ter invocado sua confissão como meio de prova em alegações finais escritas.

**GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO** suscitou as seguintes preliminares:

- Inépcia da denúncia.

- Vilipêndio ao disposto no art. 514 do Código de Processo Penal.

**CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO** suscitou as seguintes preliminares:

- Inépcia da denúncia.

- Cerceamento de defesa em razão de por ocasião do seu interrogatório não ter sido permitido aos seus defensores formular perguntas após as intervenções dos patronos dos demais denunciados.

**JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA** suscitou as seguintes preliminares:



- Ilicitude das provas produzidas em investigação que violou a competência originária do Supremo Tribunal Federal, em razão do então Deputado Federal Marcelo Squassoni ter sido o alvo principal dos investigadores desde a primeira diligência encetada.

- Cerceamento de defesa, em razão do inquérito policial estar incompleto, sem a disponibilização de todas as provas produzidas, notadamente os pareceres técnicos e processos que tramitaram perante o Tribunal de Contas da União. Aduziu que dos 50 (cinquenta) apensos que compõe o inquérito policial, apenas 16 (dezesesseis) foram juntados aos autos.

- Cerceamento de defesa, em razão de não ter sido permitido ao réu acompanhar os interrogatórios dos demais acusados.

- Nulidade do pedido de condenação formulado pelo Ministério Público Federal com base na confissão de MARCO ANTÔNIO MUNARI, e a impossibilidade de sua utilização dessa confissão como meio de prova, em razão de ter sido colhida em procedimento extrajudicial, sem a presença dos demais denunciados e suas defesas técnicas.

- Subsidiariamente, requereu a conversão do julgamento em diligência para oitiva de MARCO ANTÔNIO MUNARI sob o pálio do contraditório.

**FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS** não suscitou preliminares.

No mérito, **CELINO FERREIRA DA FONSECA** alegou o seguinte:



- Ausência de demonstração do nexo de causalidade entre as ações praticadas pelo réu e os fatos tidos por delituosos.

- A diretoria executiva da CODESP teria se apoiado em pareceres técnicos para aprovar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Argumentou, ainda, que não se encontrava em sua esfera de atribuição a revisão desses documentos.

- Quando recebeu o pedido de reequilíbrio formulado pela DOMAIN, tomou as providências de praxe, providenciando o seu encaminhamento para as áreas técnicas da CODESP.

- Não possui formação jurídica ou financeira, não sendo razoável que se exigisse dele que proferisse qualquer tipo de juízo de valor a respeito das informações técnicas que subsidiavam o pedido da DOMAIN.

- Ausência de provas de que teria recebido ou sido beneficiado com qualquer vantagem ilícita, tampouco que conhecia MARCO ANTÔNIO MUNARI.

- Teria ficado demonstrado nos autos a variação cambial que justificou o pedido formulado pela DOMAIN, bem como o pagamento efetuado nos exatos termos em que requerido pela adjudicatária.

- Ausência do elemento subjetivo específico dos dois crimes capitulados pela acusação, vale dizer, a vontade do agente de se apossar de bem público em benefício próprio ou de terceiros, e de descumprir norma administrativa com a intenção de atribuir vantagem indevida a licitante.

- Aplicação do princípio da especialidade entre as duas condutas capituladas pela acusação, uma vez que, segundo



entendimento doutrinário, o peculato só ocorreria em situações em que não haja vínculo contratual, pois, de modo contrário, estar-se-ia diante da figura específica dos crimes cometidos no âmbito das licitações e contratos administrativos.

**FRANCISCO JOSÉ ADRIANO** argumentou o seguinte:

- Não possuía qualificação jurídica para contrapor os pareceres jurídicos dos advogados da CODESP.

- Apesar dos pareceres serem opinativos e não vinculativos, nenhuma decisão da diretoria executiva contrapunha a opinião técnica e jurídica proferida pelos advogados da empresa.

- O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro não pode ser confundido com processo licitatório e, dada sua natureza de cunho indenizatório, não se exige que ele obedeça ao mesmo procedimento e tramitação de uma licitação.

- Que em razão dessa diferença existiria, em tese, isenção no recolhimento do imposto de renda e a desnecessidade de tramitação do pagamento pelo "contas a pagar" da empresa.

- As manifestações do setor jurídico foram firmes e robustas, de modo que a decisão da direção executiva foi proferida com base nessas manifestações.

- Os pareceres foram devidamente fundamentados, inclusive em doutrina e jurisprudência sobre o assunto.



- A diretoria de operações e logística, capitaneada pelo denunciado Celino Ferreira da Fonseca, era a responsável por gerenciar o contrato da DOMAIN e, portanto, competente para analisar e fiscalizar o seu adequado cumprimento.

- Atuou de forma diligente e agiu com boa-fé, pedindo esclarecimentos ao setor jurídico, diante de pareceres pretéritos que haviam negado o pedido de reequilíbrio do contrato.

- Inclusive, pediu a anexação do procedimento anterior, que negava o pedido de reequilíbrio formulado pela DOMAIN, ao procedimento em que este foi aprovado, e o encaminhou para avaliação da diretoria de operações e logística.

- Atipicidade da conduta apontada como amoldada ao tipo do art. 92 da Lei nº 8.666/1993 por ausência de elementar objetiva do tipo, vale dizer, que a modificação ou vantagem concedida em favor do contratado tenha ocorrido durante a execução do contrato. Isso porque o contrato da DOMAIN foi assinado em 19.12.2014 e tinha vigência de doze meses a partir de sua assinatura, não tendo sido renovado. Já o pedido de reequilíbrio foi formulado em 24.08.2016 e o pagamento realizado em 29.09.2016, quando o contrato já estava encerrado.

- Absorção do crime do art. 92 da Lei nº 8.666/1993 pelo peculato (art. 312 do Código Penal), em função do princípio da consunção.

- Desclassificação da modalidade dolosa do peculato (art. 312, *caput*, do Código Penal), para modalidade culposa (art. 312, § 2º, do Código Penal).

**FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS** alegou o seguinte:



- Sua atuação no processo de análise e pagamento do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro foi meramente opinativa.

- Os despachos do setor jurídico da CODESP não possuíam qualquer poder vinculativo.

- Nunca participou de qualquer reunião da diretoria executiva da CODESP, sendo que apenas os diretores possuíam poder decisório.

- Não possuía poder de mando em relação a pagamentos.

- A nota fiscal apreendida em sua mesa estava ali porque o setor financeiro havia lhe feito indagações acerca da retenção ou não de imposto nesse caso do pagamento realizado à DOMAIN.

- Apenas atuou dentro das atribuições de seu cargo.

- Não detinha disponibilidade jurídica dos recursos financeiros da empresa para que pudesse desviá-los em proveito próprio ou de terceiros.

- Atipicidade da imputação relativa ao art. 92 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que os fatos narrados pela acusação se referem a pedido de reequilíbrio e não a contrato administrativo propriamente dito, vez que este já havia se encerrado.

- Absorção do delito previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 pelo peculato (art. 312 do Código Penal), em razão do princípio da consunção.



- As respostas da CODESP e do BACEN teriam comprovado que, ao contrário do que foi alegado pelo Ministério Público Federal, o pagamento foi efetivado no exato valor requerido pela DOMAIN, e ocorrência variação cambial no período.

**GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO** alegou o seguinte:

- Os documentos anexados aos autos teriam comprovado que o pagamento realizado não foi superior ao solicitado pela DOMAIN.

- O parecer que subscreveu estava amparado no art. 37, inciso XXI, da Constituição, que garante aos contratantes a manutenção das condições efetivas da proposta, e no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666/1993, que prevê o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- A jurisprudência tem admitido como causa de desequilíbrio contratual a exagerada desvalorização do real em face de moedas estrangeiras, fato esse confirmado por ofício encaminhado pelo BACEN e juntado aos autos.

- O requerimento feito pela DOMAIN não era esdrúxulo, pois encontrava amparo fático e jurídico.

- A decisão acerca do pagamento e do valor a ser pago foi tomada de forma colegiada pela diretoria executiva da CODESP, da qual não fazia parte.

- Atuava ao tempo dos fatos como superintendente jurídico e, portanto, não possuía disponibilidade jurídica dos recursos financeiros da empresa para que pudesse desviá-los em proveito próprio ou de terceiros.



- Ausência de demonstração de qualquer vínculo dos réus com o empresário MARCO ANTÔNIO MUNARI ou de conluio entre os acusados.

- A confissão de MARCO ANTÔNIO MUNARI não se presta para fins probatórios, pois lhe falta voluntariedade e espontaneidade.

- Absorção do delito previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 pelo delito de peculato (art. 312 do Código Penal), em decorrência do princípio da consunção.

**CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO** alegou o seguinte:

- A sua inclusão no polo passivo da demanda se deve única e exclusivamente pelo fato de ter participado da reunião da diretoria executiva da CODESP que autorizou o pagamento à DOMAIN.

- Dentre as competências estatutárias e regimentais da diretoria de relações com o mercado (por ele ocupada) não está a coordenação e execução de contratos na área de tecnologia da informação, tampouco a gestão contábil, financeira e orçamentária de contratos administrativos e licitações.

- Em função disso, à exceção das decisões afetas à sua própria diretoria, todas as demais deliberações tomadas na reunião da diretoria executiva eram alicerçadas nos elementos técnicos que as respaldavam.

- Quando ocupou o cargo de diretor de operações e logística chegou a indeferir pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela DOMAIN, ainda durante a execução do contrato, justamente porque a opinião técnica e jurídica era desfavorável.



- O voto favorável ao pagamento do reequilíbrio que proferiu decorreu do parecer jurídico prévio, de modo que a razão de decidir neste caso teria sido estritamente técnica.

- Só tomou conhecimento do pedido de reequilíbrio na reunião da diretoria executiva, e que as provas colacionadas aos autos comprovariam que tal pleito nunca tramitou pelo departamento que dirigia.

- Agiu em erro de tipo, pois desconhecia que, ao votar, estava aderindo à suposto esquema de desvio de valores em favor de terceiro e em prejuízo da CODESP.

- Atipicidade do crime de peculato, pois nunca teve a posse ou a gestão dos recursos financeiros transferidos à DOMAIN.

- Eventual vantagem auferida pelo suposto crime de peculato constituiria mero exaurimento do crime do art. 92 da Lei nº 8.666/1993, em razão do pagamento da indenização à DOMAIN ser justamente a vantagem pretendida pela modificação contratual.

**JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA** alegou o seguinte:

- Apenas atuou no pleno exercício de sua função institucional, em ato vinculado à posição de diretor-presidente ao presidir e assinar a ata da reunião ordinária da diretoria executiva da CODESP, sem exarar voto pessoal.

- Não é Advogado e não detém conhecimento jurídico para avaliar sozinho a plausibilidade jurídica do pedido de reequilíbrio contratual formulado pela DOMAIN. Em razão disso, sempre se fiou no trabalho dos demais diretores e de suas respectivas equipes técnicas.



- Os três pedidos anteriores apresentados pela DOMAIN não chegaram à alçada da diretoria executiva, sendo dois deles protocolados antes mesmo da sua chegada à CODESP.

- Não votou na reunião que aprovou o pagamento; apenas presidiu os trabalhos e assinou a ata. Também não atuou no procedimento de pagamento.

- O voto do diretor presidente era um voto de minerva e só era exarado em caso de empate, conforme previsão contida no regimento interno da empresa, o que não aconteceu no caso concreto.

- Atipicidade do crime de peculato, em razão da ausência de desvio.

- As negativas aos pedidos anteriores da DOMAIN nunca chegaram a adentrar no mérito sobre a desvalorização do real.

- Os pedidos da DOMAIN possuíam correspondência fática, pois, conforme esclarecimentos do BACEN, de fato, ocorreu expressiva desvalorização do real frente ao dólar entre o oferecimento da proposta e o pagamento efetuado pela CODESP. Portanto, existia justificativa e embasamento jurídico para aceitação do pleito.

- As informações prestadas pela própria CODESP comprovariam que o valor pago à DOMAIN foi exatamente aquele pleiteado.

- Não há indícios de ajuste entre sua pessoa e o particular que justifique o suposto desvio de verbas.



- Ausência de nexos causal entre a sua conduta e o suposto resultado ilícito, pois o mero ato de presidir a reunião ordinária da diretoria executiva não possui relevância penal.

- A decisão da diretoria executiva teve suporte em pareceres da superintendência jurídica e da diretoria financeira. Por não possuir conhecimentos jurídicos, confiou nesses documentos.

- Não possuir conhecimento de que seu comportamento corresponderia a suposto delito de peculato, conforme capitulado pela acusação.

- Conflito aparente de normas, em razão de ter sido imputado pela acusação uma figura típica especial e outra geral para os mesmos fatos. Nesse caso, portanto, a norma especial (art. 92 da Lei nº 8.666/1993) deveria prevalecer sobre a geral (art. 312 do Código Penal).

- O pagamento realizado à DOMAIN constitui resultado naturalístico do crime do art. 92 da Lei nº 8.666/1993 e não delito autônomo de peculato.

É o relatório.

## **1. Das Preliminares**

**(a) Da alegada ilicitude das provas produzidas em investigação que violou a competência originária do Supremo Tribunal Federal.**

A questão aventada pela defesa de **JOSÉ ALEX BOTELHO OLIVA** já foi objeto de apreciação pelo Egrégio Tribunal Regional



Federal da 3ª Região na ordem de Habeas Corpus nº 5018286-81.2021.4.03.0000, impetrado em favor de Marcelo Squassoni, cuja decisão transitou em julgado em 25.10.2022.

Conforme restou assentado no v. acórdão, não obstante o inquérito policial tenha acobertado período em que Marcelo Squassoni exercera mandato parlamentar (2015 e 2016), devido à perda do foro por prerrogativa, a investigação ainda em curso e eventuais ações penais dela decorrentes deveriam prosseguir perante esta unidade jurisdicional, por força da orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da questão de ordem na AP nº 937/RJ, sendo irrelevante o fato de que o investigado em questão tenha tomado posse como deputado federal em 15.12.2021.

Nesse sentido, a ordem pleiteada foi concedida em parte, vale registrar, tão-somente para declarar nulas as provas irrepetíveis obtidas e relacionadas a fatos ocorridos nos anos de 2015 e 2016, exclusivamente em relação ao paciente Marcelo Squassoni, nos termos do voto divergente do Exmo. Desembargador Federal Nino Toldo. Para maior clareza, peço vênica para transcrever a seguir parte da ementa do v. acórdão:

"(...)

*7. No entanto, em relação às provas relativas exclusivamente ao paciente, obtidas em 2015 e 2016 e relacionados a fatos ocorridos nesse período, no curso dessa investigação e que não sejam repetíveis, estão maculadas de nulidade insanável porque, nesse período, ele tinha prerrogativa de foro. Essa nulidade não se estende aos demais investigados e às demais provas produzidas porque nenhum deles tinha (ou tem) prerrogativa de foro em razão de cargo ou função pública.*

*8. Ordem de habeas corpus concedida parcialmente."*

Note-se, portanto, que as provas atingidas pela mencionada decisão são bens específicas, vale consignar: aquelas produzidas entre 2015 e 2016, relacionadas a fatos ocorridos neste período e que não sejam repetíveis. Por outro lado, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região restringiu os efeitos da declaração de nulidade apenas ao investigado Marcelo Squassoni, excluindo expressamente os demais investigados.



Destarte, apenas ocorreu a devida observância ao determinado pela instância superior. Ademais, é importante observar que a garantia constitucional do foro privilegiado é norma que traz regra excepcional que protege a função pública deflagradora da prerrogativa, e somente ela, devendo ser interpretada restritivamente.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a ilicitude de provas relativas à autoridade com prerrogativa de foro por vício de competência não se estende a quem não a detenha, Confira-se:

*"PROCESSUAL PENAL. DEPUTADO FEDERAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA DO STF INCLUSIVE NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. DENÚNCIA LASTREADA EM PROVAS COLHIDAS POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. DENÚNCIA REJEITADA.*

*I - Os elementos probatórios destinados a embasar a denúncia foram confeccionados sob a égide de autoridades desprovidas de competência constitucional para tanto.*

*II - Ausência de indícios ou provas que, produzidas antes da posse do acusado como Deputado Federal, eventualmente pudessem apontar para a sua participação nos crimes descritos na inicial acusatória.*

*III - A competência do Supremo Tribunal Federal, quando da possibilidade de envolvimento de parlamentar em ilícito penal, alcança a fase de investigação, materializada pelo desenvolvimento do inquérito. Precedentes desta Corte.*

*IV - A usurpação da competência do STF traz como consequência a inviabilidade de tais elementos operarem sobre a esfera penal do denunciado. Precedentes desta Corte.*

*V - Conclusão que não alcança os acusados destituídos de foro por prerrogativa de função.*

*VI - Denúncia rejeitada." (Inq 2842, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02.05.2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-041, DIVULG 26-02-2014, PUBLIC 27.02.2014)*

Na mesma senda, também já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da ementa que segue:



"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO FRATELLI. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS. AUTORIDADE INCOMPETENTE. NULIDADE QUE NÃO SE ESTENDE AOS RECORRENTES. IMPROVIMENTO.

1. O foro por prerrogativa de função é exceção em nosso ordenamento jurídico, sendo que, apenas aqueles que estão no cargo devem, em regra, ser processados e julgados, originariamente, pelos Tribunais superiores ou estaduais, excepcionando-se os casos de prejuízos gerados à instrução em razão do desmembramento.

2. No presente feito, observou o Tribunal regional que os recorrentes não detêm nem detinham prerrogativa de foro, inexistindo prejuízo quanto a eles, uma vez que era o órgão originário efetivamente competente para decretar a quebra de sigilos telefônico e telemático.

3. A ilicitude declarada na quebra de sigilos telefônico e telemático, autorizada por autoridade incompetente, porquanto alguns investigados detinham prerrogativa de função, não se estende aos demais não possuidores desta. Precedentes desta Corte e do STF.

4. Recurso em habeas corpus improvido."

(RHC 83.262/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14.11.2017, DJe 23.11.2017)

**(b) Da inépcia da denúncia; da ausência de justa causa; do vilipêndio ao art. 514 do Código de Processo Penal.**

Observo que tais questões já foram devidamente apreciadas e afastadas pela decisão de Id 187152602.

Não obstante, em acréscimo aos fundamentos antes deduzidos, reputo relevante transcrever acórdão proferido pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos do Habeas Corpus nº 5027873-30.2021.4.03.0000, impetrado em favor de **FRANCISCO JOSÉ ADRIANO**, que, apreciando caso análogo, também relacionada à denominada "Operação Tritão", afastou as alegações de inépcia e ausência de justa causa ora invocadas pela defesa. Confira-se:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO TRITÃO. DENÚNCIA. CRIMES DO ARTIGO 90 DA LEI 8.666/1993 E DO ARTIGO 312 DO



*CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONSTATADA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA.*

*- O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do ora paciente e de outros dez acusados como incurso nos crimes previstos no art. 312 do Código Penal e art. 90 da Lei nº 8.666/1993, em razão de fatos envolvendo suposto esquema criminoso, desvelado pela Polícia Federal no bojo das investigações desenvolvidas no âmbito da assim denominada 'Operação Tritão', instituído na Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, notadamente com relação a licitações e contratos firmados entre os anos de 2013 a 2016, dentre os quais, a dragagem do canal do Porto de Santos. A denúncia foi recebida em 16.07.2021.*

*- O paciente, à época, era o Diretor Financeiro da CODESP, responsável pela efetivação do pagamento do referido contrato, orçado em R\$ 2.700.000,00.*

*- A possibilidade de trancamento da Ação Penal, por meio do manejo de Habeas Corpus, é medida excepcional, somente admitida quando restar evidenciada dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade do revolvimento do arcabouço fático-probatório, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção de sua punibilidade, conforme já teve oportunidade de decidir, de forma reiterada, nossas C. Cortes Superiores. Precedentes jurisprudenciais.*

*- Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal serem requisitos da inicial acusatória (seja ela denúncia, em sede de ação penal pública, seja ela queixa-crime, em sede de ação penal privada) a exposição do fato criminoso (o que inclui a descrição de todas as circunstâncias pertinentes), a qualificação do acusado (ou dos acusados) ou os esclarecimentos pelos quais se faça possível identificá-lo(s), a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando tal prova se fizer necessária) - a propósito: A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Cumpre salientar que a consequência imposta pelo ordenamento jurídico à peça acusatória que não cumpre os elementos anteriormente descritos encontra-se prevista no art. 395 também do Diploma Processual Penal, consistente em sua rejeição (A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal).*

*- A jurisprudência de nossos C. Tribunais Superiores se mostra pacífica no sentido de que, tendo os ditames insculpidos no art. 41 do Código de Processo Penal sido respeitados pela denúncia ou pela queixa, impossível o reconhecimento da inépcia. Precedentes jurisprudenciais.*



- Da simples leitura da peça vestibular acusatória, denota-se que esta descreve as circunstâncias do delito imputado ao paciente, ainda que sucintamente, em razão do cargo exercido, Diretor Financeiro da CODESP, à época dos fatos.

- Não se nota de plano, a atipicidade da conduta que lhe foi imputada, seja porque não há que se falar em ausência de suporte probatório mínimo (justa causa) para a deflagração da persecução penal, seja, ainda, porque a exordial acusatória não pode ser acoimada de inepta.

- Analisando os elementos fático-probatórios trazidos à colação (cópia da denúncia ofertada pelo órgão acusatório, acompanhada de cópia do IPL nº 0072/2018, no qual estariam encartados os elementos de prova, processo nº 0001439-18.2018.4.03.6104) e da decisão que recebeu tal, depreende-se a impossibilidade de se aquiescer com a alegação de ausência de descrição fática das condutas imputadas ao paciente, haja vista a comprovação do procedimento licitatório que culminou no contrato DIPRE/40.2018, no valor de R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais), celebrado pela CODESP, com a empresa VERT (CNPJ 12.954.522/0001-01), cujo objetivo era prestação de serviço de monitoramento por 'drones' no Porto de Santos por um período de 12 meses, cuja efetivação do pagamento deu-se por meio do paciente que ocupava, à época, o cargo de Diretor Financeiro da CODESP, e que culminou em prejuízos à Administração Pública.

- Verifica-se pelas informações prestadas pela autoridade impetrada que se encontra pendente o exame das respostas à acusação ofertadas pelos denunciados, momento processual em que serão analisadas as hipóteses previstas no artigo 397 do Diploma Processual (Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente), de modo que o exame nesta via importa supressão de instância.

- Não se admite a impetração de Habeas Corpus per saltum, vale dizer, sem que a questão debatida no writ tenha sido ventilada e decidida em Primeiro Grau de Jurisdição. Saliente-se, por oportuno, ser pacífica a jurisprudência dos C. Tribunais Superiores acerca da matéria (havendo que ser mencionada, inclusive, a edição da Súmula 691/STF), bem como nesta E. Corte Regional.

- Não há como, em sede de Habeas Corpus, ser analisado pedido sobre o qual não houve pronunciamento do Juízo impetrado.

- Da análise perfunctória, com base nas provas apresentadas pelos impetrantes, concluiu-se pela tipicidade da conduta imputada ao paciente, sem que tenha sido demonstrada a alegada ausência de justa causa para persecução penal. Ademais, maiores incursões acerca desse e dos outros temas levantados, demandariam



*revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via estreita do writ.*

*- Ordem denegada."*

*(TRF3, HCCrim 5027873-30.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, 11ª Turma, DJ 25.02.2022 - g.n.)*

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao reexaminar o mesmo caso em sede de habeas corpus impetrado em favor do mesmo denunciado:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO TRITÃO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA INICIAL. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. RESPONSABILIDADE GENÉRICA AFASTADA IN CASU. MÉRITO DA DEMANDA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 182/STJ. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL NO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.*

*I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.*

*II - Assente nesta Corte Superior que 'o trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória, o que não se verificou na espécie' (HC n. 359.990/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16/9/2016).*

*III - No caso concreto, há indícios mínimos necessários para a persecução penal, pois o d. Ministério Público Federal, na narrativa constante da inicial acusatória, asseverou estar presente a justa causa à ação penal, de forma também a cumprir os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não sendo, portanto, o caso de trancamento prematuro da ação penal.*

*IV - In casu, a r. denúncia de fls. 55-108, amparada nos autos da chamada 'Operação Tritão', bem descreveu a data e o local dos fatos, assim como a qualificação do agravante (bem como dos indigitados comparsas), de forma a imputá-lo como incurso no crime antes previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93 (atualmente vigente por continuidade normativa no art. 337-F do Código Penal) e no crime previsto no art. 312 do Código Penal.*

*V - Extrai-se da denúncia, como bem destacado tanto na análise liminar, como na decisão aqui agravada, que o agravante (Diretor Financeiro da CODESP) possuía, em tese, capacidade de ingerência no pagamento do contrato administrativo, que, supostamente,*



*estaria eivado de diversas irregularidades lesivas, sobretudo, ao patrimônio público, inclusive mediante fraude, verbis (fls. 12343-12344): 'Consta da exordial acusatória que teriam sido identificadas inúmeras irregularidades no procedimento licitatório que culminou no contrato DIPRE/40.2018, no valor de R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais) celebrado, em 22.05.2018, pela CODESP com a empresa VERT (CNPJ12.954.522/0001-01), que causou prejuízos à Administração Pública. O objeto do contrato era a prestação de serviço de monitoramento por 'drones' no Porto de Santos, por um período de 12 (doze) meses. No caso, o paciente F J A à época, era o Diretor Financeiro da CODESP, responsável pela efetivação do pagamento do referido contrato (ID219505183) (...) de forma consciente, livre e voluntária, desviaram valor, consistente em pagamento por serviços não realizados e remuneração de terceiros de modo indevido, em proveito alheio, na condição de funcionários públicos, conduta tipificada no artigo 312 do Código Penal (...) Também informou que F J A, era o Diretor Financeiro que, após a aprovação de C H DE O P, a nota fiscal era encaminhada ao Diretor Financeiro para efetivação do pagamento (...) 'esse treinamento não era para ter sido pago pela CODESP, pois não havia essa previsão no edital, já que, em tese, já eram para estarem treinados. Não sabe dizer o motivo do gestor do contrato ter atestado o pagamento de ter sido autorizado pelo C H P'.*

*VI - Não obstante devidamente descrito o modus operandi, com expressa menção ao agravante em vários pontos da denúncia, de qualquer forma, o entendimento consolidado nesta eg. Corte de Justiça é no sentido de que: 'Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa. Precedentes' (HC n. 394.225/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 24/8/2017).*

*VII - Ademais, as alegações invocadas pela d. Defesa na impetração, como, principalmente, responsabilidade de terceiros ou mesmo ausência de dolo do agravante, além de terem sido feitas em indevida supressão de instância, dizem respeito diretamente ao mérito da ação penal e serão analisadas em seu tempo, após exame do acervo probatório, durante a instrução processual, pelo juiz natural da causa.*

*VIII - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.*

*IX - Nos termos do art. 159, IV, do RISTJ, não haverá sustentação oral no julgamento de agravo.*

*Agravo regimental desprovido."*



*(STJ, AgRg no HC nº 727.449-SP (2022/0063312-4), Rel. Min. Jesuíno Rissato, 5ª Turma, DJ 24.05.2022 - g.n.)*

No que toca à suscitada violação ao disposto no art. 514 do Código de Processo Penal, anoto que o entendimento antes firmado mantém inalterado, cabendo reproduzir neste momento os mesmos fundamentos exarados na decisão de Id 187152602:

*"No que toca à alegação de vilipêndio ao rito especial previsto para os crimes cometidos por funcionários públicos e à consequente supressão da fase de notificação para realização de defesa preliminar, registro que, no caso ora em apuração, a opinião delictis do órgão acusador encontra-se lastreada em inquérito policial devidamente documentado, o que, consoante o enunciado sumular nº 330 do E. Superior Tribunal de Justiça, torna prescindível a resposta preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal."*

**(c) Do alegado cerceamento de defesa em razão da incompletude do inquérito policial.**

A tese relativa à ausência de juntada de determinados documentos nos autos da presente ação penal também já foi objeto de apreciação (Id 187152602), e devidamente justificada pelo ilustre representante do Ministério Público Federal na manifestação de ID 122289689, a qual peço vênha para reproduzir em parte:

"(...)

*Tendo em vista o extenso volume dos documentos do IPL (IPL 0072/2018-11) que instruiu os presentes autos, o MPF, conforme cota da denúncia (item 8 da cota), juntou parte da documentação em mídias que se encontram acauteladas na Secretaria da Vara, à disposição das partes. É o caso do 'parecer ou despacho proferido pelo Assessor da SUJUD, FREDERICO SAPAGNUOLO DE FREITAS' que se encontra em uma das mídias físicas, tendo sido extraído da mídia do Apenso XII do processo nº 5007147-27.2019.4.03.6104, fl. 131 do PDF, bem como da 'Nota técnica nº 02, emitida em 28.2.2018, pela*



*Superintendência de Auditoria da CODESP, por meio do Relatório AC-01-2017' que também está inserida em mídia física, tendo sido extraída de mídia dos autos principais do IPL, fl. 114.*

*Por sua vez, 'o Processo do Tribunal de Contas da União nº 018.063/2018-7', trata-se de Tomada de Contas Especial, e não foi juntado em cópia integral nos presentes autos, tendo em vista a desnecessidade de tal medida, uma vez que os acórdãos da referida Tomada de Contas Especial se encontram disponíveis no sítio eletrônico do TCU e que a consulta ao inteiro teor do referido processo administrativo é acessível às partes envolvidas, dentre elas, o réu JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA. Assim sendo, no que diz respeito à Tomada de Contas nº 018.063/2018-7, constam dos presentes autos documentos de Ids 40689489 e 40689497."*

A cota de oferecimento da denúncia também abordou a questão. como se constata do excerto que segue:

*"(...)*

*7. Esclarecemos que a denúncia, ora ofertada em separado, lastreia-se em provas colhidas no curso do procedimento em anexo, bem como do Inquérito Policial autuado sob o nº 0001439-18.2018.4.03.6104, além de outros elementos de prova que apresentamos para juntada com a propositura da ação penal.*

*8. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL informa que, em razão do volume de informações e impossibilidade de juntada ao PJe, encaminha fisicamente as mídias relativas ao inquérito policial anteriormente mencionado.*

*(...)*

*10. Informamos, outrossim, que instruímos a presente inicial acusatória com cópia dos autos IPL nº 0001439- 18.2018.4.03.6104. Tal medida visa dar maior dinâmica na tramitação do feito e evitar a impressão de documentos em demasia. Entretanto, visando permitir eventual consulta dos autos originais, informa desde já que o aludido inquérito policial, que investiga inúmeros fatos, se encontra na Polícia Federal para diligências complementares e, caso seja interesse das partes, poderão naquela unidade policial obter acesso aos autos."*



De todo modo, vale ressaltar mais uma vez que não se verifica na espécie qualquer ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, já que uma eventual condenação não pode se basear em provas as quais as partes não tiveram acesso e nem oportunidade de se manifestar, sendo certo que a defesa do acusado **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA** não se desincumbiu do ônus de demonstrar eventual prejuízo por ele suportado no caso concreto, incidindo ao caso o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal.

**(d) Do alegado cerceamento de defesa em razão dos interrogatórios terem sido realizados separadamente, bem como em razão de não ter sido oportunizado à defesa técnica de Cleveland Sampaio Lofrano realizar perguntas após os defensores dos demais denunciados.**

No que toca a questão afeta a realização dos interrogatórios de forma separada, conforme assinalado na audiência de instrução realizada em 12.09.2022 (Id 262438945), anoto que foi regularmente observada a previsão contida no art. 191 do Código de Processo Penal, segundo o qual "havendo mais de um acusado, estes serão interrogados separadamente".

Anoto que além de não vislumbrar qualquer prejuízo à ampla defesa, vez que todos os defensores constituídos acompanharam os interrogatórios e realizaram perguntas, o procedimento adotado em conformidade com a lei de regência garantiu a equidade entre os acusados, não privilegiando os primeiros interrogados em detrimento dos últimos. Tal forma de proceder possui arrimo na jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se constata das ementas que reproduzo:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO, NOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO DA "OPERAÇÃO SINECURAS". ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 191 DO CPP. NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE RÉU NO INTERROGATÓRIO DE OUTROS CORRÉUS: INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA (ART. 10 DO CPC) ÀS PARTES DO PROCESSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.



1. A alegação de inconstitucionalidade do art. 191 do CPP não é suscetível de análise na via do habeas corpus, tanto mais quando a matéria não chegou a ser examinada nas instâncias ordinárias, o que inviabiliza o conhecimento do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes: AgRg no HC 647.228/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 12/04/2021; AgRg no RHC 104.926/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 25/04/2019.

2. A jurisprudência desta Corte não reconhece nulidade por não ter o recorrente participado do interrogatório de corréu, na medida em que não há obrigatoriedade da sua presença nesse ato já que, nos termos do art. 191 do CPP, 'havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente'. Precedentes: AgRg no HC 589.057/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021; RHC 104.462/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019; AgRg no AgRg no AREsp 546.448/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018; HC 162.926/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015.

3. No processo penal, vige o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente se declara a nulidade de um ato se em sua decorrência resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

No caso concreto, não foi demonstrada a existência de prejuízo concreto advindo da ausência do ora recorrente no interrogatório de uma única corré, já que sua defesa técnica esteve presente naquele ato e tampouco foi demonstrado como as declarações feitas pela corré teriam refletido na condenação do recorrente.

4. O princípio da não surpresa, consagrado no art. 10 do CPC/2015, é dirigido ao juiz, vedando-lhe a possibilidade de proferir decisões com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar previamente. Não tem, portanto, aplicação em relação a eventuais declarações efetuadas por testemunhas ou partes ao longo do processo.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no RHC n. 137.159/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25.05.2021, DJe de 01.06.2021 - g.n.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERROGATÓRIO DE CADA RÉU SEPARADAMENTE. ART. 191 DO CPP. NULIDADE. NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior já entendeu que 'não há nenhuma previsão legal no sentido de que seja necessária a presença do réu ou de seu defensor para a realização de interrogatório de corréu. Ao contrário, o art. 191 do CPP dispõe expressamente que, 'havendo



mais de um acusado, serão interrogados separadamente' (HC 106.533/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 21/09/2009).

2. O entendimento exarado no acórdão impugnado encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto a Lei Processual Penal em vigor adota, nas nulidades processuais, o princípio da *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte, o que, conforme as premissas delineadas no acórdão, não ocorreu, na espécie, haja vista o comparecimento nos interrogatórios do respectivo defensor constituído. Ademais, tanto a doutrina quanto os Tribunais entendem que o interrogatório do acusado não é mera produção de prova, mas sim exercício subjetivo da defesa, por isso a regra do art. 191 do CPP, a fim de que os últimos interrogados não sejam privilegiados no exercício da defesa.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 589.057/AM, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 09.03.2021, DJe de 12.03.2021 - g.n.)"

No que tange à alegação deduzida por **CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO** no sentido de que este Juízo não permitiu à sua defesa técnica formular perguntas por último, destaco que, conforme restou registrado na mídia acostada sob o Id 262504211, ao contrário do alegado pelo acusado, foi oportunizado ao seu defensor reformular perguntas após todos os demais defensores fazerem as intervenções que entenderam pertinentes, tendo o nobre patrono do acusado informado naquela oportunidade que não possuía mais nenhuma pergunta a ser feita.

**(e) Da impossibilidade de utilização da confissão realizada por Marco Antônio Munari em sede de acordo de não persecução penal como meio de prova; da suspeição deste juízo em função de ter homologado tal acordo; e do requerimento de conversão do julgamento em diligência.**

No que concerne à questão afeta à aptidão probatória da confissão deduzida pelo investigado MARCO ANTÔNIO MUNARI em sede de acordo de não persecução penal - ANPP, anoto que, assim como os eminentes defensores dos acusados, compreendo impossibilitada a utilização como meio de prova na presente ação penal, notadamente porque desacompanhada de outras provas produzidas pela acusação sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.



Mudando o que deve ser mudado, penso se encontrar bem amoldada a hipótese vertente as lúcidas ponderações do Exmo. Ministro do Egrégio Superior Tribunal de Justiça Dr. Rogério Schietti Cruz tecidas em recente acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 756.907-SP, *verbis*:

*"A assunção extrajudicial de culpa no ANPP é similar ao conteúdo de confissão da prática da infração penal perante autoridade policial ou ministerial. Somente tem valor probatório (como dado extrajudicial) e pode ser utilizada para subsidiar a denúncia 'caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia' (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020. p. 113).*

*Ainda assim, por ser uma prova extrajudicial, seria retratável em juízo e não tem standard probatório para, exclusivamente, levar à condenação. Seja qual for a sua clareza, deve ser confrontada com outros elementos que possam confirmá-la ou contraditá-la, durante a instrução criminal.*

*Se o celebrante do ANPP não figura no polo passivo da ação penal e a confissão formal não pode ser utilizada contra ele (na seara criminal) enquanto não descumprir o ato negocial, com muito mais razão essa prova extrajudicial carece de aptidão probatória para, per se, subsidiar a condenação de coautor do mesmo fato delituoso, atingido pelas declarações.*

*O implicado poderá ser demandado a confirmar o conteúdo de sua confissão no curso de ação penal ajuizada apenas contra o réu, mas será ouvido em Juízo. Deve-se garantir que a formação da convicção judicial observe os ditames do art. 155 do CPP.*

*A verdade judicial traduzida na sentença precisa ser uma verdade processual. Para que declaração do celebrante do ANPP possa respaldar o decreto condenatório é imprescindível sua reprodução em juízo, durante a ação penal, e a constação de sua coerência com provas judicializadas, submetidas ao contraditório, de forma a conferir ao réu o direito fundamental de efetiva participação na formação da decisão judicial, em dualidade com o Ministério Público."*



*(excerto do voto condutor do acórdão proferido no bojo do HC nº 756.907-SP (2022/0220927-7), Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, DJ 13.09.2022)*

Outrossim, reputo não assistir razão à defesa quanto à alegada suspeição deste Magistrado para conhecimento do presente feito, justamente em razão da impossibilidade de utilização da confissão formulada por MARCO ANTÔNIO MUNARI em prejuízo dos demais acusados.

Ademais, conforme já registrei em momento pretérito, nos termos do art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal, não compete ao Magistrado realizar qualquer juízo de valor sobre o teor da confissão realizada no âmbito do acordo de não persecução penal, mas tão somente verificar sua voluntariedade e legalidade, como ocorreu no caso concreto.

Também reputo indevida a conversão do julgamento em diligência para oitiva de MARCO ANTÔNIO MUNARI, uma vez que a oportunidade de arrolar testemunhas e requerer diligências adicionais precluiu com o encerramento da instrução, sendo certo que foi dada oportunidade a todos os defensores se manifestarem na forma do art. 402 do Código de Processo Penal (Id 274761614), e nada foi requerido nesse sentido.

Observo, ademais, que a confissão em questão já era de conhecimento prévio de todas as defesas técnicas, vez que realizada antes mesmo do recebimento da denúncia. Assim, o fato de o Ministério Público Federal ter invocado tal circunstância como meio de prova em alegações finais não é suficiente para conversão do julgamento em diligência, notadamente porque o órgão acusador apenas se referenciou a elemento prévio já documentado nos autos.

**(f) Da irretroatividade da lei nº 14.133/2021.**



Não há nada a deliberar a esse respeito, uma vez que o Ministério Público Federal capitulou as condutas referentes à modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 e não no art. 337-H do Código Penal (introduzido pela Lei nº 14.133/2021), ou seja, naquele que possui o preceito secundário mais benéfico.

No mais, conforme ressaltado pela defesa, diante do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, resta inviabilizado proceder eventual desclassificação do delito, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, para enquadrar os fatos capitulados no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 ao tipo do art. 337-H do Código Penal, vez que mais prejudicial.

#### **(g) Das demais preliminares suscitadas.**

No que toca à questão afeta a suposto erro grosseiro na descrição fática contida na denúncia, diante da comprovação de que o pagamento requisitado pela DOMAIN a título de reequilíbrio econômico-financeiro foi exatamente aquele pago pela CODESP; e da necessidade da absolvição dos acusados em razão do Ministério Público Federal não ter produzido qualquer prova no decorrer da instrução, registro que, por se tratarem de matérias que se confundem com o mérito, tais questões serão abordadas no tópico subsequente.

## **2. Do mérito.**

Embora entenda que os elementos indiciários colhidos no decorrer da fase investigativa bem evidenciem a ocorrência das ações ilícitas descritas na denúncia, compreendo se apresentar forçosa a conclusão no sentido da impossibilidade do acolhimento do pleito deduzido na inicial.

Isso porque não emerge dos autos, com a clareza necessária, terem os acusados agido com dolo, vale dizer, a vontade de desviar valores pertencentes à CODESP em proveito



próprio ou alheio ou, ainda, de dar causa a vantagem em favor do adjudicatário sem autorização legal.

De início, reputo importante esclarecer não ser objeto da presente ação penal analisar se o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela DOMAIN comportava acolhimento ou não, muito menos se o pagamento efetuado seguiu a forma prevista pelo regramento interno da companhia ou se foram observadas as obrigações fiscais e tributárias, mesmo porque tal análise já foi efetuada pelos órgãos de controle da União.

O objetivo aqui é apurar a efetiva ocorrência do aperfeiçoamento de condutas aos tipos dos art. 312 do Código Penal e do art. 92 da Lei nº 8.666/1993, os quais exigem dolo para sua configuração e, mais importante, se os réus concorreram de forma efetiva para prática das infrações penais.

Conforme informações constantes dos autos, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato DP nº 75/2014 formulado pela empresa DOMAIN CONSULTORES ASSOCIADOS EM INFORMÁTICA LTDA., no valor de R\$ 1.209.689,34, se pautava em supostos prejuízos suportados pelo fornecedor decorrentes de variação cambial no período entre a proposta apresentada pela empresa e o efetivo pagamento pela CODESP.

De acordo com as informações prestadas pelo Banco Central do Brasil, realmente ocorreu uma variação cambial nesse período (confira-se Id 289227514). Não obstante, de acordo com o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas da União, tal flutuação não poderia ser considerada excessiva ou excepcional de modo a justificar o deferimento do pedido.

Referido órgão de controle, contudo, não apreciou se o pagamento indevido partiu de condutas dolosas perpetradas pelos acusados, tampouco se, ao deferirem o pedido de reequilíbrio, as manifestações de vontades dos réus estavam imbuídas do elemento subjetivo específico dos tipos penais previstos no art. 312 do Código Penal e art. 92 da Lei nº 8.666/1993, mesmo porque tal apreciação fugia à esfera de atribuições de tal órgão.



Não obstante, ao postular a condenação dos acusados o Ministério Público Federal fez referência a alguns trechos do acórdão 4125/2019 da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, conforme excerto que reproduzo:

"(...)

*9.2.5. cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada efetivamente contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial" (Id 284300895 - pág. 15)*

Não obstante, vale lembrar que na seara criminal a falta de zelo, prudência ou mesmo a omissão de um dever funcional não são suficientes, *per sí*, para demonstração do dolo. Com efeito, o elemento subjetivo do tipo nunca pode ser presumido, mas sim efetivamente demonstrado, sob pena de afrontar o próprio princípio da presunção de inocência.

Para viabilizar o acolhimento da pretensão deduzida, se apresentava imprescindível a demonstração de que os réus, ao aprovarem o pedido de reequilíbrio do contrato, agiram com a intenção de desviar valores pertencentes à CODESP em proveito próprio ou alheio ou, ainda, de dar causa a vantagem em favor do adjudicatário sem autorização legal.

Não há nos autos provas a legitimar essa conclusão.



A hipótese aventada pelas defesas técnicas, na senda de que tal aprovação se consubstanciou exclusivamente em pareceres técnicos e jurídicos, é plausível, notadamente no contexto de uma empresa da envergadura da CODESP que, de rotina, celebra inúmeros contratos e movimentam milhões de reais.

Ainda que se pudesse argumentar que a tramitação do pedido apresentava indícios de suspeição, não é desarrazoado admitir que a aprovação dos diretores se fiou exclusivamente nos pareceres técnicos-jurídicos dos órgãos internos da empresa.

Sobretudo na espécie, em que as irregularidades, ao meu sentir, demandavam uma análise mais detida do pleito, não me parecendo desarrazoada a alegação deduzida pelos diretores-denunciados no sentido de que confiaram nos pareceres técnicos que acompanharam o pedido, mesmo porque o requerimento em questão teria chegado ao conhecimento deles apenas na reunião ordinária em que foi pautado.

Realmente, é razoável inferir que os pedidos submetidos à aprovação da diretoria executiva eram aprovados de maneira mais dinâmica, resguardando-se os diretores nos pareceres previamente proferidos pela superintendência jurídica e demais órgãos técnicos da companhia, mesmo porque o volume de demandas e processos que uma empresa desse porte possui é imenso e exige que as decisões na esfera hierárquica superior sejam tomadas com maior celeridade.

A exemplificar a situação, chamo atenção para a própria ata da 1782ª reunião ordinária da diretoria executiva da CODESP, na qual foi aprovado o pedido formulado pela DOMAIN. Conforme documento acostado aos autos sob o Id 42124241, os diretores presentes naquela reunião tiveram que decidir diversas questões e aprovar inúmeros pedidos sobre variados assuntos, não apenas aquele de interesse da presente ação penal.



Portanto, realmente me parece verossímil que diversos pleitos, especialmente aqueles que já tivessem sido analisados por setores técnicos da própria empresa, fossem aprovados sem uma profunda análise ou mais detido escrutínio.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a própria exigência de que pareceres dessa natureza fossem elaborados impõe uma presunção natural de que a direção executiva não detinha pleno conhecimento ou domínio sobre determinadas questões.

Note-se que não se está admitindo aqui que a mera existência de pareceres técnicos exima, de maneira objetiva, os tomadores de decisão da companhia de qualquer culpa ou responsabilidade por seus atos, mas apenas que a presença de tais documentos constitui um forte indicativo de que decisões mais complexas eram pautadas pelas conclusões neles exaradas.

De todo modo, era necessário que na hipótese vertente o dolo fosse demonstrado de forma inequívoca. Assumir que os réus estavam revestidos do elemento subjetivo específico do tipo meramente por ocuparem posições de direção e não terem pedido esclarecimentos adicionais aos setores técnicos da empresa é admitir a responsabilização penal objetiva, o que é vedado em nosso ordenamento.

Realmente, a expectativa comum de qualquer corpo diretivo seria de que as análises e pareceres emitidos pela superintendência jurídica da companhia estivessem revestidos de legalidade e que tivessem sido elaborados de forma técnica e proba.

Ao meu sentir, a boa-fé nessas hipóteses é presumida, ou seja, não é esperado de qualquer administrador que parta do pressuposto que a análise de um setor técnico da própria empresa esteja enviesada ou imbuída de dolo.



Ainda mais no caso em exame em que existiam indicadores ostensivos de flutuação cambial do dólar, conforme apontado na resposta do Banco Central anexada aos autos, o que, por certo, revestia os pareceres jurídicos com contornos de adequação e liceidade.

Observo, também, que a matéria afeta ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela DOMAIN era eminentemente jurídica, pois versava sobre uma suposta necessidade de indenização em razão da variação cambial do período e uma eventual demanda judicial sobre o tema a ser proposta pela empresa adjudicante.

Assim, por óbvio, havia nuances que só poderiam ser apreciadas por profissionais com conhecimento jurídico, tais como o conceito de fato imprevisível, as normas legais que regiam o processo licitatório, o regramento editalício do caso concreto, jurisprudência sobre a matéria, probabilidades de vitória em caso de eventual litígio judicial, etc.

Já no aspecto econômico-financeiro, o pedido em questão demandava a análise de outros elementos objetivos, tais quais a flutuação cambial do período, o cálculo atuarial dos pagamentos efetuados à empresa adjudicante, comprovação material e fiscal do custo suportado pela DOMAIN na aquisição de licenças junto à ORACLE em moeda estrangeira, etc.

De fato, diversos fatores citados fogem do domínio técnico dos diretores que compunham a diretoria executiva da CODESP, sendo razoável admitir que eles abalizaram suas decisões em pareceres de especialistas nas respectivas áreas.

Mais uma vez realço que a mera existência desses pareceres não é um salvo conduto para a prática de ilícitos. Não obstante, eles geram uma presunção natural de adequação e licitude, notadamente quando elaborados por órgãos internos e de confiança da própria companhia.



Portanto, para se provar a prática dos crimes era indispensável a produção de prova que apontasse para conclusão de que os diretores agiram com dolo. Em outras palavras, a mera presença dos réus na reunião da diretoria executiva e a aprovação do pagamento à empresa DOMAIN é, por si só, fato atípico, a não ser que houvesse sido comprovado a intenção desses dirigentes de lesar a CODESP, o que, ressaltado, não ficou demonstrado no caso concreto.

Conforme ressaltado pela defesa, um órgão diretivo não é dotado de personalidade própria, muito menos de vontade. Nesse sentido, os seus integrantes só podem ser responsabilizados por aquilo que pessoalmente fizeram.

O mesmo raciocínio equivale para os acusados **GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO** e **FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS**, respectivamente superintendente jurídico e assessor jurídico ao tempo dos fatos. Com efeito, os pareceres por eles emanados foram eminentemente opinativos e não vinculativos.

Sob esse viés, é razoável presumir que se houve crime, pessoas com poder decisório estivessem envolvidas (no mínimo três dada a composição da diretoria executiva da CODESP). Porém, no caso concreto, conforme antes delineado, não ficou demonstrado a participação de nenhum dos diretores na prática do ilícito, dada à falta de comprovação do dolo.

De fato, existem nos autos relatos de testemunhas no sentido de que nenhuma decisão da diretoria executiva era tomada em desacordo com os pareceres da superintendência jurídica. Mas aí concluir que apenas os pareceristas concorreram para a prática dos crimes e que a consumação destes foi relegada a um evento incerto, do qual os Advogados não detinham controle, já que seus pareceres não possuíam força cogente, parece um exagero.

Por outro lado, o posicionamento jurídico manifestado nesses documentos é plausível. A alteração de entendimento do setor jurídico após o terceiro pedido de reequilíbrio econômico-financeiro também foi justificada.



Observo que, ao contrário do alegado pela acusação, os pareceristas jurídicos se pautaram na lei, na doutrina e em precedentes jurisprudenciais (confira-se Id 42124240). Portanto, sob a perspectiva jurídica, os fundamentos que justificaram a recomendação emanada pela superintendência jurídica da CODESP não eram desarrazoados de modo a evidenciar flagrante dolo de lesar a companhia.

Não se pode perder de vista, outrossim, que aspectos econômico-financeiros normalmente fogem da alçada e competência de setores jurídicos e que, no caso concreto, os Advogados da companhia se detiveram apenas sobre aspectos legais do pedido, não tendo se pronunciado sobre o cálculo da indenização pleiteada e nem sobre as taxas de variação cambial do dólar.

Observo, também, que o processo interno que avaliou o pedido formulado pela DOMAIN não foi acostado na íntegra aos autos, não sendo possível determinar se, na hipótese em exame, algum órgão interno da DIAFI (diretoria financeira da CODESP) chegou a se posicionar sobre os aspectos econômico-financeiros do pedido ou sobre os cálculos apresentados pela empresa reivindicante. Tampouco é possível determinar se essa suposta análise financeira precedeu à recomendação jurídica ou se a sucedeu.

Não obstante, é possível observar que na ata da 1782ª reunião ordinária da diretoria executiva da CODESP é feita menção a uma planilha que indicava ser cabível à empresa contratada indenização no montante de R\$ 1.629.657,24 (Confira-se Id 42124241). Entretanto, tal documento não foi apresentado pela acusação para uma melhor compreensão do assunto.

Ademais, não consta dos autos qualquer manifestação ou parecer técnico da diretoria financeira. Os despachos exarados no documento de Id 122289690 foram proferidos pelos acusados **FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS** e **GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO**, respectivamente, conforme assinaturas exaradas ao final do referido documento.



Portanto, faltam elementos nos autos para possibilitar a compreensão acerca de se realmente foi realizada uma análise econômico-financeira por algum órgão interno da DIAFI. Também resta impossibilitado avaliar se tal parecer financeiro possuía substrato fático e lógico, ou, se pelo contrário, foi proferido de modo superficial, genérico ou com indícios aparentes de enviesamento ou má-fé.

Essa falta de informações não permite concluir que os Advogados da empresa recomendaram o pagamento à DOMAIN munidos de dolo. Os pareceres por eles exarados, por si só, são insuficientes para formar essa conclusão, mesmo porque, como já registrado, se detiveram apenas sobre aspectos jurídicos e foram pautados por normas legais, referências doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais.

Aliás, é relevante pontuar que o órgão acusador reproduziu em suas alegações finais precedente jurisprudencial sobre a possibilidade de responsabilização de parecerista em caso de demonstração de erro grosseiro ou culpa (Id 284300895 - pág. 13). Contudo, o acórdão referenciado não foi proferido em ação de natureza penal e, tampouco, faz referência à responsabilidade criminal dos agentes, mas sim administrativa e cível.

No caso concreto, entendo que até poderia ser possível firmar conclusão no sentido de que os pareceristas jurídicos agiram com imperícia ou falta de técnica. Porém, a falta de informações na presente ação penal dificulta essa análise e inviabiliza conclusão desse raciocínio. Vale reafirmar, não há como se presumir o dolo, dada a vedação de responsabilização penal objetiva pelo nosso ordenamento.

Do mesmo modo, irregularidades na forma de tramitação interna do procedimento de pagamento e a não observância de obrigações fiscais, por se tratar de questões reflexas, não são suficientes a demonstração do dolo, muito embora possam ensejar responsabilização funcional, administrativa, cível ou tributária.



Ademais, é oportuno registrar que o processo de pagamento em si não foi imputado a nenhum dos denunciados pelo órgão acusador, mesmo porque se deu após a recomendação do setor jurídico e a aprovação do pedido pela diretoria executiva da CODESP.

Note-se que, conforme descrição fática contida na denúncia, foram imputadas aos corréus diretores as condutas consistentes na **aprovação** do pagamento, enquanto aos corréus advogados foram imputadas as condutas consistentes na **emissão de pareceres favoráveis** ao pagamento (Id 40887082 - pág. 16/17).

Ressalto, ademais, que não fugiu à consideração deste Juízo o fato de que antes de ser aprovado o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, a empresa DOMAIN já havia apresentado a protocolo outros três requerimentos semelhantes, porém com valores distintos, todos indeferidos.

De fato, trata-se de um indício de que o pedido formulado era indevido e que visava a obtenção de vantagem financeira indevida pela DOMAIN em desfavor da CODESP. Ocorre que a hipótese em questão não foi comprovada no decorrer da instrução.

Não há provas de que os réus conheciam MARCO ANTÔNIO MUNARI, não existe prova de comunicação pessoal entre eles, não há registro de qualquer acordo ou conluio, não há prova de enriquecimento ilícito; tampouco há evidências do recebimento de qualquer vantagem indevida ou depósito bancário sem origem comprovada por qualquer dos acusados.

O Ministério Público Federal não produziu prova alguma durante a instrução, sequer arrolou testemunhas. Ao que parece, o órgão de acusação ouvidou-se do comando contido no art. 155 do Código de Processo Penal, que veda ao julgador fundamentar decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.



Enfim, pelo quadro probatório constante dos autos, compreendo que apesar de se apresentar possível a participação dos acusados na prática da hipotética ação ilícita descrita na inicial, este fato não ficou demonstrado de forma inconteste, estreme de dúvidas, cabendo salientar que diante da incerteza, a dúvida deve sempre militar em favor dos acusados, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Em outras palavras, sendo a prova entendida como sinônimo de certeza, considero extremamente frágeis as produzidas pela acusação nestes autos. Isso porque, embora seja razoável entender plausível a narrativa apresentada na inicial, outros raciocínios também são possíveis. Indícios isolados que possibilitem uma explicação diferente, por si só, não são suficientes para fundamentar uma decisão condenatória.

Em suma, a prova indiciária leva apenas ao possível ou provável, e não ao certo ou indúvidoso, requisitos estes essenciais para formação de um decreto condenatório seguro.

Destaco mais uma vez a impossibilidade de fundamentar um decreto condenatório com base tão-somente nos elementos informativos colhidos na fase investigativa, por força do disposto no art. 155 do Código de Processo Penal.

Ao tratar do dispositivo legal referido, Guilherme de Souza Nucci<sup>[1]</sup> esclarece:

*"(...) a meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos da investigação, mormente a policial, que constitui a maior parte dos procedimentos preparatórios da ação penal."*

É importante recordar que no processo penal não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está



inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Nessa senda é a orientação de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer<sup>[2]</sup>:

*"(...) há que se concluir que não poderia caber ao acusado a prova da sua não culpabilidade. Se é necessária a certeza provada para a condenação, fundada, pois, em material probatório efetivamente produzido em juízo, há que se concluir caber à acusação, sobretudo ao Ministério Público, titular da ação penal pública, os ônus da prova do fato, da autoria e das circunstâncias e das demais elementos que tenham qualquer relevância para afirmação do juízo condenatório."*

Por fim, reputo importante registrar que, apesar do crime de peculato tipificado no art. 312 do Código Penal prever uma modalidade culposa (§ 2º), a condenação de um indivíduo por culpa exige que pelo menos outro tenha concorrido com dolo para a prática do delito. É o que se extrai da redação do dispositivo:

***"Peculato culposo***

*§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano."*

No caso concreto, registrando novamente que a acusação sequer arrolou testemunhas, o dolo de nenhum dos réus restou demonstrado, inviabilizando, portanto, a condenação de qualquer outro por culpa.



Dessa forma, diante da fragilidade, da insuficiência das provas produzidas sob o manto do contraditório, que não permitem inferência no sentido da efetiva prática pelos acusados das ações descritas na inicial com o especial fim de desviar valores pertencentes à CODESP em proveito próprio ou alheio ou, ainda, de dar causa a vantagem em favor do adjudicatário sem autorização legal, de rigor o não acolhimento do pleito deduzido na inicial.

### **Dispositivo.**

Isto posto, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, julgo **improcedente** a denúncia e absolvo **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA, FRANCISCO JOSÉ ADRIANO, CELINO FERREIRA DA FONSECA, CLEVELAND SAMPAIO LOFRANO, GABRIEL NOGUEIRA EUFRÁSIO e FREDERICO SPAGNUOLO DE FREITAS** das imputadas práticas de condutas amoldadas aos tipos do art. 312 do Código Penal e art. 92 da Lei nº 8.666/1993.

Custas, na forma da lei.

P. R. I. O. C.

Santos-SP, 07 de julho de 2023.

Roberto Lemos dos Santos Filho

Juiz Federal

---

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: 2012, Editora Revista dos Tribunais, 11ª edição, p. 359 - sublinhei.



[2] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de e FISCHER Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: 2011, Lumen Juris Editora, 2ª edição, p. 343.

