



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2084526 - SC (2023/0237660-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **SONIA MARIA SILVA CORREA DE SOUZA CRUZ**
ADVOGADOS : **GUSTAVO COSTA FERREIRA - SC038481**
: **FRANCISCO YUKIO HAYASHI - SC038522**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **SONIA MARIA SILVA CORREA DE SOUZA CRUZ**, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim ementado (fls. 147-148):

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. OPERAÇÃO OUVIDOS MOUCOS. ABOLITIO CRIMINIS. NORMA DE EXTENSÃO QUE IMPUNHA ÀS FUNDAÇÕES DE APOIO A OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE INSTITUI NORMAS PARA LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O mérito recursal é a busca pelo reconhecimento de que a norma de extensão que impunha às fundações de apoio a observância da legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços - redação originária do art. 3º da Lei 8.958 de 1994 -, a partir de 2013 deixou de existir, pois o art. 3º, na redação que lhe deu a Lei 12.863 /13, passou a prever que na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratação de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo federal'.

2. A conduta imputada à recorrente, segundo se depreende da denúncia, teria sido praticada por intermédio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária – FAPEU, de natureza privada, que dentre suas finalidades consta a de apoiar, captar, gerir, participar e executar programas e projetos de ensino, pesquisa, extensão, inovação, desenvolvimento institucional, cultural, científico e tecnológico de interesse da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e de outras instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica.

3. À época dos fatos, entre 2008 e 2016, a Lei nº 8.958/94 experimentou três redações. Até 2013 previa que as fundações de apoio serão obrigadas a observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública. A partir de 2013, a redação do art. 3º da Lei 8.958/94 dispõe que as

fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços a ser editado por meio de ato do Poder Executivo Federal, e, a partir da Lei 13.243/16, o art. 3º da Lei 8.958/94 passa a prever que as fundações de apoio deverão adotar regulamento específico de aquisições e contratação de obras e serviços a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo.

4. Os fatos narrados na denúncia traz a perspectiva de que o Parquet formulou a denúncia sustentando que a conduta dos réus teria sido a de descumprimento do modo de adquirir/contratar, levando em conta o regramento então exigível, que não enseja a discussão sobre se o delito deixou de existir porque as fundações de apoio foram desobrigadas da utilização da lei de licitações.

5. O caso penal não trata de aplicação da lei de licitações por força da norma de extensão contida no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.958/94, na sua redação original, que as obrigava a seguirem as normas da Lei de Licitações. A questão não adquire relevo na medida em que a denúncia imputa fato que desborda desse tema. A imputação é a de terem procedido os réus, alegadamente, de forma desconforme com a obrigação que tinham, o que os submetem, em tese, à aplicação da lei penal.

6. Recurso em sentido estrito desprovido."

Opostos embargos de declaração, a Corte Regional concluiu pela inexistência de vício a ser reconhecido, nos seguintes termos (fls. 165-166):

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPERAÇÃO OUVIDOS MOCUCOS. ART. 619 DO CPP. HIPÓTESES. AUSÊNCIA. INCONFORMIDADE COM O MÉRITO DO JULGADO. NÃO CABIMENTO.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, contradição ou obscuridade de provimentos jurisdicionais, desde que o vício importe em prejuízo lógico-jurídico à compreensão do julgado.

2. Por construção jurisprudencial, são admitidos os embargos de declaração quando constatado erro material no julgado.

3. O julgado expressa a inaplicabilidade da Lei de Licitações às fundações regidas pela Lei 8.958/1994, que nada mais é do que a expressão do comando legal decorrente da alteração da redação do art. 3º da Lei nº 8.958/94, dada pela Lei nº 12.863/13, de 24/09/2013. Em decorrência dos fatos imputados estarem compreendidos entre 2008 e 2016- período em que a redação do art. 3º da Lei 8.958 /94 experimentou alteração redacional -, não é possível estabelecer, nesta via recursal, e nesta etapa processual, a eventual ocorrência da abolitio criminis ainda que em relação aos tipos penais da Lei nº 8.666/93, mormente quando não houve supressão ou interrupção normativa.

4. O caso não versa sobre abolitio criminis dos delitos previstos na Lei 8.666/93, e sim sobre os denunciados haverem procedido em desacordo com o que lhes era exigível. O acórdão recorrido estabeleceu que pode, a depender das datas de realização das condutas, se penalmente relevantes, haver ensejo para o juízo de primeira instância examinar a eventual ocorrência de abolitio criminis, o que por ora não é possível.

5. Não se prestam os embargos de declaração para a revisão dos julgados no caso de mero inconformismo da parte."

Em suas razões recursais, a parte recorrente aponta violação "dos Arts. 89 e 90 da Lei 8.666/1993 (crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação e fraude em licitação), do Art. 2º, Lei 8.958/1994 e do Art. 1º, Lei 8.666/1993 (caráter de fundação de direito privado das Fundações de Apoio da Lei 8.958/1994 e inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 a fundações de direito privado), do Art. 3º, caput e inciso I, da Lei 8.958/1994, com alterações da Lei 12.863/2013 (inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 a Fundações de Apoio da Lei 8.958/1994), do Art. 397, IV, CPP (absolvição sumária em razão de extinção da punibilidade), do Art. 2º, CP (retroatividade da lei penal mais benéfica) e do Art. 107, III, CP (extinção da punibilidade pela retroatividade da lei penal mais benéfica." (fl. 195)

Aduz para tanto, em síntese, que a edição da Lei n. 12.863/2013, que alterou o art. 3º da Lei n. 8.958/1994, passando a exigir que as fundações de apoio deveriam adotar regulamento específico para aquisições e contratações de obras e serviços, não mais se aplicando a legislação federal que disciplina normas para licitações e contratos da Administração Pública, ensejou *abolitio criminis* quanto aos crimes licitatórios imputados na denúncia.

Sustenta que a denúncia atribui à recorrente condutas tipificadas nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993, em razão de ter concorrido para contratações diretas irregulares (ou fraudulentas) firmadas por intermédio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária - FAPEU, fundação de apoio disciplinada pela Lei n. 8.958/1994; a imputação, desse modo, somente se justificaria diante da existência de norma de extensão que exigia a observância da Lei de Licitações pelas fundações de apoio; não mais vigorando dita norma de extensão, por força da alteração promovida pela Lei n. 12.863/2013, deixaria de ser típica a conduta imputada à recorrente.

Suscita, ainda, que o acórdão recorrido deu ao tema interpretação divergente daquela ofertada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, no julgamento do RESE n. 0508882-94.2015.4.02.5101, concluiu: "Considerando as alterações do art. 3º da Lei 8958/94, e o fato de que a lei que rege as condutas narradas na denúncia não tem natureza excepcional ou temporária, entendo que não se cogita mais do dever de licitar na forma da Lei 8.666/93 por parte das fundações, em virtude de modificação legal posterior, em razão da retroatividade da lei mais benéfica, e, também, da aplicação do art. 107, III do CP, ensejando a *abolitio criminis*." (fl. 196)

Com contrarrazões (fls. 251-274), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 277-278).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 292-308).

É o relatório.

Decido.

O recurso especial preenche os pressupostos legais de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Trata-se, na origem, de ação penal decorrente da denominada "Operação Ouvidos Moucos", na qual a recorrente foi denunciada pela prática de dispensa ilegal de licitação (art. 89 da Lei n. 8.666/1993), fraude em licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993), peculato (art. 312 do Código Penal) e por integrar organização criminosa (art. 2º, *caput* e § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013).

Recebida a denúncia, a recorrente sustentou a atipicidade dos crimes licitatórios que lhe foram imputados, uma vez que supostamente praticados no contexto de contratações diretas realizadas por fundação de apoio de natureza privada, disciplinada pela Lei n. 8.958/1994, sendo inaplicáveis, desde a edição da 12.863/2013, a legislação federal sobre licitações e contratos da Administração Pública.

Segundo a tese defensiva, portanto, não estando as fundações de apoio sujeitas à legislação que disciplina licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Federal, não haveria que se falar em subsunção das condutas descritas na denúncia aos tipos penais previstos nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/93 (atualmente incorporados ao Capítulo II-B do Código Penal).

A questão foi assim enfrentada pela Magistrada de 1º grau (fls. 75-84):

"[...]

OPERAÇÃO OUVIDOS MOUCOS

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Evento 187. Cuida-se de embargos de SÔNIA MARIA SILVA CORRÊA SOUZA CRUZ contra a decisão do evento 174, ao argumento de omissão quanto à tese de abolição criminis, diante da superveniente inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 às fundações regidas pela Lei 8.958/1994 após as alterações promovidas pela Lei 12.863/2013.

[...]

1. SÔNIA MARIA SILVA CORRÊA SOUZA CRUZ

1.1. Embargos contra a decisão do evento 174 (evento 187, EMBDECL1)

Com efeito, arguiu a defesa que "o regime de utilização desses recursos em compras é específico, como dispõe o art. 3º da Lei 8.958/94, em redação dada pela Lei 12.863/2013" e que a própria decisão que recebeu a denúncia consignou que a aplicação da Lei 8666/93 sobre as fundações se daria até 21.06.14. Desse modo, defende a ocorrência de abolição criminis (evento 165, RESP_ACUSA1, item II).

Tal preliminar de fato não se confunde com a preliminar apreciada no item 8 da decisão, que tratou da atipicidade que decorreria da revogação dos arts. 89 a 108 da Lei 8666/93 pela Lei 14.133/21 (evento 174, DESPADEC1).

Reconheço a omissão, a qual deve ser suprida nos presentes embargos.

[...]

ISSO POSTO,

1. Conheço e nego provimento aos embargos interpostos pela defesa de MARCIO SANTOS (evento 204, EMBDECL1) e embargos interpostos.
2. Dou provimento aos embargos de SONIA CRUZ (evento 187, EMBDECL1) e parcial provimento aos embargos de LUCIA FERNANDES (evento 206, EMBDECL1), para suprir a omissão, apreciando as preliminares conjuntamente, nos seguintes termos:

Abolitio criminis em decorrência da superveniência da Lei 12.863/13

Arguiu a defesa da ré SONIA que "o regime de utilização desses recursos em compras é específico, como dispõe o art. 3º da Lei 8.958/94, em redação dada pela Lei 12.863/2013" e que a própria decisão que recebeu a denúncia consignou que a aplicação da Lei 8666/93 sobre as fundações se daria até 21.06.14. Desse modo, defende a ocorrência de abolitio criminis (evento 165, RESP_ACUSA1, item II).

A alegação de abolitio criminis da ré LUCIA foi em relação à alteração promovida pela Lei 14.133/21, sob o fundamento de que a redação do art. 337-E do CP não engloba a conduta de inobservância das formalidades (evento 159, RESP_ACUSA1). Essa preliminar foi devidamente apreciada no item 8 da decisão do evento 174, sendo os embargos relativos ao argumento de que "Se as fundações de direito privado não se submetem aos procedimentos da Lei 8.666/93, é inviável a tentativa de imputar à Acusada tipos penais definidos neste marco regulatório", ressaltando a edição dos Decretos 8240 e 8241.

Oportuno observar que a defesa de SONIA interpôs o Habeas Corpus 50178258220214040000 contra o recebimento da denúncia, arguindo, entre outros fundamentos, a abolitio criminis. Todavia, tanto o TRF4, quanto o STJ, limitaram-se a apreciar quanto à inépcia da denúncia, sob o fundamento de que as demais questões seriam objeto de apreciação pela Primeira Instância, por ocasião da resposta à acusação (RHC 151755 - SC).

Tenho que a questão não se encontra pacificada e que o tema merece maior discussão, notadamente diante do caso concreto que demanda aprofundamento da matéria probatória, ensejando, portanto, a adequada instrução processual, uma vez que, para que seja reconhecida a abolitio criminis, no caso concreto, indispensável que se reconheça que a conduta narrada na denúncia, se praticada hoje, não seria crime.

Atualmente, dispõe os artigos correspondentes aos tipos penais anteriormente previstos nos arts. 89 e 90 da Lei 8666/93:

[...]

Note-se que não falava "hipóteses previstas nesta lei", de modo que as novas hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade que foram surgindo, a exemplo do § 2º do art. 55 da Lei 12.663/12, entre outras, como também é caso da Lei 8.958/94 em sua nova redação.

Assim, compreendo que tanto o art. 89 da Lei 8666/93 como o atual art. 337- E do CP abrangem as contratações diretas das Fundações de Apoio, caso executadas em desacordo com a legislação.

O art. 337-F traz como elemento do tipo que a fraude tenha se dado em uma licitação, o que deve ser interpretado stricto sensu. Todavia, a conduta descrita de fraude na denúncia, não foi de fraude em um processo licitatório em seu conceito estrito, mas sim a um procedimento de contratação; sendo que, em princípio e em tese, a fraude não se compreenderia em mero descumprimento de formalidade, podendo resultar numa contratação fora da previsão legal.

Note-se que o caso concreto se faz tão necessário para a correta análise da alegação, que o Tribunal Regional Federal da Quarta Região e o Superior Tribunal de Justiça não se pronunciara sobre o tema no habeas corpus e respectivo recurso interpostos pela defesa de SONIA. Caso se tratasse de abolitio criminis reconhecível contra qualquer denúncia por crime previsto na Lei 8666/93 contra fundações de apoio, a tese teria sido acolhida desde logo, trancando-se a ação penal em relação a esses tipos penais. Porém a questão, como visto, demanda análise probatória, que para fins de recebimento da denúncia, foi devidamente feita, porém para fins de aplicação da tese acima, demanda instrução probatória exauriente.

Desse modo, conquanto para fins de instauração do processo penal, prevalece o princípio in dubio pro societa, considero imprescindível a instrução processual para que, ao final, em sentença, diante da realidade que se fizer visível nos autos, poder decidir qual o tipo penal aplicável e se houve ou não abolitio criminis, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

3. Conheço os embargos interpostos por SONIA CRUZ (evento 209, EMBDECL1), e nego provimento quanto à oitiva de Alexandre Marino, mantendo a decisão indeferitória objeto dos embargos, devendo a defesa, se for o caso, manejar o recurso processual adequado." (grifei)

Por sua vez, a Corte Regional rejeitou a pretensão recursal diante das seguintes razões (fls. 126-146):

"[...]

A questão controvertida neste recurso não trata da abolitio criminis em relação aos tipos dos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93, a revogada lei de licitações.

Cinge-se o mérito recursal a buscar o reconhecimento de que a norma de extensão que impunha às fundações de apoio (de direito privado) a observância da legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços (redação originária do art. 3º da Lei 8.958 de 1994), a partir de 2013 deixou de existir, pois o referido art. 3º, na redação que lhe deu a Lei 12.863/13, passou a prever que [n]a execução de convênio, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratação de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo federal. (destaquei)

Consigne-se que a redação atual do art. 3º, na redação que lhe deu a Lei 13.243 de 2016 prevê que [n]a execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo. (destaquei)

Crimes da revogada Lei 8.666/93

Primeiramente registro que, não obstante a revogação expressa dos artigos 89 a 108 da Lei 8.666/93, pelo artigo 193, I, da Lei 14.133/21, conforme se infere do artigo 178 desta mesma Lei, os tipos penais anteriormente disciplinados na Lei Especial foram incorporados ao Código Penal, inserindo-se no Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848/40, o Capítulo II-B, in verbis:

[...]

Com efeito, havendo disciplina normativa típica não se cogita de abolição criminis e, por conseguinte, de extinção da punibilidade.

Norma de extensão do art. 3º da Lei nº 8.958 de 1994

Enfrento o efetivo tema do recurso estrito.

A Lei nº. 8.666/93 assim dispunha:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

À luz da norma acima transcrita, subordinavam-se ao regime da Lei de Licitações, dentre outras entidades, as fundações públicas e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Impõe-se, portanto, auscultar-se acerca da natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária – FAPEU, por intermédio da qual teriam sido praticadas as condutas imputadas.

O artigo 3º do estatuto dessa entidade assim dispõe:

[...]

A Lei de Licitações revogada, nº 8.666/93, enumera as entidades sujeitas às suas disposições.

Essa enumeração não inclui as fundações de natureza privada.

Sobreveio, porém, a Lei nº 8.958/94, dispondo sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dando outras providências.

O artigo 1º dessa Lei (nº 8.958/94) teve, ao longo do tempo, as seguintes redações:

[...]

O objetivo da FAPEU, essencialmente, é o de dar apoio a projetos de ensino.

À época dos fatos imputados, entre 2008 e 2016, a Lei nº 8.958/94 experimentou três redações.

Até a Lei nº 12.863, de 2013, previa:

Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

Portanto, embora a FAPEU fosse uma entidade de direito privado, ela estava obrigada, por força do disposto no artigo 3º da Lei nº 8.958/94, a observar as normas da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

A partir de 2013, redação do art. 3º da Lei nº 8.958/94 dada pela Lei nº 12.863/13, quando realiza compras de bens e de serviços, com a utilização de recursos públicos, a FAPEU não mais está sujeita às normas da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Em 2016, com o advento da Lei nº 13.243/2016, a redação do art. 3º sofre alteração, que se consolida na conformação vigente:

Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei que envolvam recursos provenientes do poder público, **as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo.** (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

[...]

Neste passo fica clara a possibilidade de que os atos imputados, podem ter se desenvolvido em mais de um desses períodos de tempo.

O destaque adquire relevância quando se verifica que **o fato imputado à recorrente foi haver, supostamente, direcionado contratações para S. A. TOUR por intermédio da FAPEU, por meio de contratação direta sem observância dos requisitos previstos em lei, fraudando mediante a simulação combinada de pesquisa de preços o caráter competitivo dos procedimentos de contratação**, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da locação de veículos, com o que, segundo a denúncia, incorreu nos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93 (183 condutas, na forma do art. 71) e artigo 312 do Código Penal, e artigo 2º da Lei 12.850/13, com a causa de aumento prevista no §4º, II do mesmo dispositivo, todos os delitos em concurso material e na forma do art. 29 do Código Penal.

Atualmente, conforme já demonstrado, as compras de bens e serviços feitas por fundações de apoio, com recursos públicos repassados por Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) ou por Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), não se sujeitam à observância da Lei de Licitações.

Logo, não se poderia mais cogitar da prática dos delitos em tela (artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93), quando a conduta do agente tem por objeto compras de bens ou serviços realizados por fundações de apoio, com a utilização de recursos repassados por Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) ou por Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs).

Todavia, atento exame dos fatos narrados na denúncia traz a perspectiva de que o Parquet formulou a denúncia sustentando que a conduta dos réus teria sido a de descumprimento do modo de adquirir/contratar, levando em conta o regramento então exigível, que não enseja a discussão sobre se o delito deixou de existir porque as fundações de apoio foram desobrigadas da utilização da lei de licitações.

Esclarecedor, para o ponto, transcrever trecho da denúncia, especificamente narrando os fatos que dizem com os artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93:

Constatou-se, por amostragem, que nos exercícios de 2010/2011 e 2013/2014, em 49 ofícios da Coordenação do Curso de EaD de Física dirigidos à FAPEU, foi solicitada, sem licitação, a contratação de serviços terceirizados de locação de veículos para supostamente atender deslocamentos relacionados ao Projeto nº 371/2008 (vinculado ao Contrato nº 291/2008), conforme descrito no Relatório de Demandas Externas RDE nº 201407738 da CGU3.

Em muitas dessas contratações, inexistiu cotação de preços ou os orçamentos apresentados continham ilicitudes, além de serem comprovadamente combinados.

Muitos deles continham grafia e formatos semelhantes apesar de serem fornecidos por empresas diferentes⁴, tudo com o objetivo de simular uma cotação de preços que justificasse a constância da contratação direcionada da empresa S. A TOUR VIAGENS E TURISMO, de propriedade de MURILO DA COSTA SILVA, com a participação de AURÉLIO JUSTINO CORDEIRO (proprietário da AJC Viagens e Turismo), cujos direcionamentos, em muitas ocasiões, partiam da Coordenação do Curso de EaD de Licenciatura em Física – Ead/CFM/UFSC⁵.

A CGU, nos RAMAS nº 0647714 e 06545426, discorreu sobre como deveriam ser as contratações de serviços de locação de veículos nos projetos de cursos a distância financiados com recursos públicos federais provenientes da UFSC, havendo a exigência de 03 (três) orçamentos para as contratações diretas (sem licitação ou seleção pública).

Até o advento do Decreto Federal n.º 8.241/2014, que regulamentou o art. 3º da Lei n.º 8.958/94, a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio envolvendo recursos públicos deveriam ser precedidas de procedimentos análogos aos de licitação ou de contratação direta (dispensa e inexigibilidade) da Lei n.º 8.666/93.

Especificamente para as hipóteses de contratação direta, a justificativa de preços deveria ser respalda em pesquisa mediante a obtenção de, pelo menos, três orçamentos de fornecedores do ramo do objeto, conforme tradicional e consolidado entendimento do Tribunal de Contas, seja no âmbito da Administração Federal seja no [...]

Com o advento do referido decreto, as contratações com recursos provenientes ou não do Poder Público, mas que tivessem como objeto o apoio às IFES e às demais ICT, passariam, como regra, a ser realizadas mediante Seleção Pública, na forma estabelecida no art. 8º do referido decreto.

No entanto, para contratações referentes a obras e serviços de engenharia inferiores a R\$ 100.000,00 e para outros serviços e compras inferiores a R\$ 40.000,00, como também para outras hipóteses, incluindo aquelas de contratação direta por dispensa de licitação ou inexigibilidade de licitação aplicáveis à Administração Pública, passou a ser admitida a contratação direta, no lugar da Seleção Pública, conforme art. 26 do referido Decreto.

De acordo com o art. 27, nas contratações diretas, as razões técnicas da escolha do fornecedor e a justificativa do preço devem ser devidamente registradas nos autos do processo pelos responsáveis definidos na forma do parágrafo único do art. 3º, além de aprovadas pela autoridade máxima da fundação de apoio.

Concernente à justificativa de preço mencionada no art. 27, por força do art. 4 do mesmo decreto, as contratações deveriam ser precedidas de pesquisa de mercado por meio de diversas formas indicadas, entre elas a pesquisa direta junto a fornecedores para bens e serviços.

O Manual de Normas e Procedimentos para Compras e Contratação da FAPEU, cujo conteúdo considera as definições do Decreto n.º 8.241/2014, previa a exigência de levantamento de 03 orçamentos pela Coordenadoria de Compras da FAPEU para compor os processos de compras, conforme se verifica a partir dos itens 9.5 e 9.6 do referido Manual.

A instrução dos processos de compras com três orçamentos dentro da FAPEU era previsão contida em seu próprio manual e reiterada pela Procuradoria Jurídica da FAPEU aos setores da Fundação, conforme descrito no item 01 do Relatório de Análise de Material Apreendido da Equipe SC 13 (análise de mídia).

Portanto, antes ou após o advento do Decreto n.º 8.241/2014, a obtenção de três orçamentos nas contratações diretas por parte das fundações sempre foi exigência a ser cumprida por parte da FAPEU. Não resta dúvida de que as contratações de serviços de locação de veículos, com ou sem motorista, via contratação direta pela FAPEU, deveriam estar amparadas em três orçamentos obtidos junto ao mercado.

No entanto, apesar do Manual de Normas e Procedimentos para Compras e Contratação da FAPEU, cujo conteúdo considera as definições do Decreto nº 8.241/2014, prever a exigência de levantamento de 03 orçamentos pela Coordenadoria de Compras da FAPEU para compor os processos de compras, constatou-se o conluio entre os proprietários das empresas S. A. TOUR VIAGENS E TURISMO e AJC AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO, os denunciados MURILO DA COSTA SILVA e AURÉLIO JUSTINO CORDEIRO e, principalmente, com ajuda da funcionária da Fundação, MARIA BERNADETE DOS SANTOS MIGUEZ, visando a simulação dos processos de contratação supostamente competitivos, com fictícia pesquisa de mercado, com o objetivo de aparentar o cumprimento das normas para justificar os preços contratados em locação de veículos, com ou sem motorista.

Resta claro, pelo fato narrado na denúncia, que a imputação é concebida atribuindo aos réus terem deixado de atuar conforme era obrigatório proceder - entendimento consolidado do TCU e orientação da CGU.

Note-se que a denúncia não ignora a evolução legislativa experimentada pela Lei 8.958/94, e atribui aos réus conduta criminalmente reprovável por não obedecerem aos termos do Decreto nº 8.241/2014, que inclusive consta no Manual de Normas e Procedimentos para Compras e Contratação da FAPEU, cujo conteúdo considera as definições do Decreto nº 8.241/2014, prevendo a exigência de levantamento de 03 orçamentos pela Coordenadoria de Compras da FAPEU para compor os processos de compras, constatou-se o conluio entre os proprietários das empresas S. A. TOUR VIAGENS E TURISMO e AJC AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO.

Afirma a denúncia que a previsão de três orçamentos era reiterada pela Procuradoria Jurídica da FAPEU aos setores da Fundação.

Bem compreendida a situação dos autos, no estágio em que se encontra, **o caso penal não trata de aplicação da lei de licitações por força da norma de extensão contida no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.958/94, na sua redação original, que as obrigava a seguirem as normas da Lei de Licitações.**

Essa questão não adquire relevo na medida em que a denúncia imputa fato que desborda desse tema. **A imputação é: procederam os réus, alegadamente, de forma desconforme com a obrigação que tinham, o que os submetem à aplicação da lei penal.** O fato típico é haver procedido em desconformidade com a lei - no caso os artigos 89 e 90 da revogada Lei de Licitações.

Por conta disso, como os tipos penais da revogada lei de licitações, que agora estão no Código Penal, não foram objeto de abolitio criminis, subsistindo a possibilidade de sua aplicação, por conta da continuidade normativa, observada as regras de hermenêutica, é matéria controvertida se a denúncia vai ser procedente, algo que a sentença se incumbirá de fazer ao término da instrução da ação penal.

Conclusivamente, o que busca a recorrente: o reconhecimento de que está extinta a sua punibilidade por conta de que as fundações de apoio não estão - desde 2013 - obrigadas ao emprego da lei de licitações, não é possível de ser declarado.

Não é possível reconhecer isso porque a denúncia não permite o 'encaixe' desse fundamento ao quanto narrado na peça incoativa.

De passagem, registro que o precedente trazido pela recorrente, em apoio a sua tese, por mim levado a julgamento, não encontra similitude com o presente caso. No precedente referido foi reconhecida a abolitio criminis por conta de que os réus teriam fugido do emprego das disposições da Lei 8.666/93, quando a elas estariam obrigados, o que não restou confirmado.

No presente caso, a denúncia não pressupõe que os réus descumpriram a lei de licitações quando as fundações de apoio estavam desobrigadas de cumpri-la.

A denúncia reconhece a alteração legislativa da Lei 8.958/94, e os seus efeitos - desobrigar as fundações de seguir a lei de licitações a partir de 2013 -, e faz a imputação de fato que não permite a aplicação da consequência dessa alteração, porque a imputação é outra.

A imputação é: descumpriram os réus o dever que tinham, de proceder conforme as orientações do TCU e da CGU, e do próprio manual de procedimentos da FAPEU, de promoverem contratações com o aporte de pelo menos 03 orçamentos.

O fato alegado, de que a norma de extensão que obrigava as fundações de apoio a seguir a lei de licitação não mais vigora, é inócuo para o caso concreto.

Se esse proceder atribuído aos réus se amolda aos revogados artigos 89 e 90, e se é possível aplicá-los, por obra da continuidade normativa, isso é algo que só a instrução pode concluir.

Então, in status assertionis, o pedido formulado não pode ser provido, pois o que afirmado não se amolda ao caso concreto. O caso dos autos não é apto a ver reconhecida a abolitio criminis, não nesta via recursal, e nesta etapa processual."
(grifei)

Em sede de embargos de declaração, a Corte local acrescentou (fls. 167-180):

"[...]

De início registro que não se vilumbra a aludida contradição.

O que o julgado expressa é a inaplicabilidade da Lei de Licitações às fundações regidas pela Lei 8.958/1994, que nada mais é do que a expressão do comando legal decorrente da alteração da redação do art. 3º da Lei nº 8.958/94, dada pela Lei nº 12.863/13, de 24/09/2013, com vigência a contar de sua publicação, DOU 25/09/2013

Literalmente:

A partir de 2013, redação do art. 3º da Lei nº 8.958/94 dada pela Lei nº 12.863/13, quando realiza compras de bens e de serviços, com a utilização de recursos públicos, a FAPEU não mais está sujeita às normas da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Nada obstante, a ação penal em curso imputa à ora embargante, como referido no julgado:

"[...]

Ou seja, em decorrência dos fatos imputados estarem compreendidos entre 2008 e 2016 - período em que a redação do art. 3º da Lei 8.958/94 experimentou alteração

redacional -, não é possível estabelecer, nesta via recursal, e nesta etapa processual, a eventual ocorrência da abolitio criminis ainda que em relação aos tipos penais da Lei nº 8.666/93, mormente quando não houve supressão ou interrupção normativa.

Não por outra razão, restou assentado que não é possível no recurso em sentido estrito e antes do encerramento da instrução da ação penal valorar os fatos, inclusive quanto ao momento e extensão em que se concretizaram, pois, entretantes à discussão proposta, é fato que a lei exigia e sempre exigiu a observância de procedimento (ainda que especial ou simplificado) para as contratações.

No que toca à aventada omissão, melhor sorte não socorre à embargante.

A defesa da embargante aponta que o acórdão foi omissivo porque não enfrentou o julgado representativo de dissídio jurisprudencial.

Efetivamente o voto condutor do acórdão não examinou o precedente apresentado, pois esse não trata da questão debatida no recurso em sentido estrito, em especial em relação à solução que este obteve.

Registre-se, por oportuno, que o precedente apontado tratou de recurso em sentido estrito interposto pelo MPF, visando reverter a rejeição da denúncia que, depreende-se, examinou a conduta imputada no tempo, o que não é o caso deste RSE.

Restou claro no julgamento do recurso em sentido estrito que o caso não versa sobre abolitio criminis dos delitos previstos na Lei 8.666/93, e sim sobre os denunciados haverem procedido em desacordo com o que lhes era exigível.

Igualmente, o julgado embargado estabeleceu que pode, ou não, a depender das datas de realização das condutas, se penalmente relevantes, haver ensejo do juízo de primeira instância examinar a eventual ocorrência de abolitio criminis, o que por ora, nesta quadra processual, no bojo do recurso em sentido estrito, isso não é possível.

Destarte, o julgado não ostenta as alegadas contradição e omissão, pois nele foi realizado o expresso exame dos pontos referidos, de forma absolutamente inteligível.

Saliente-se, uma vez mais, que o vício que autoriza a legítima interposição dos embargos de declaração é aquele que prejudica a compreensão e inteligência da ratio decidendi, o que não se cogita tenha escapado na hipótese.

Portanto, não há vícios a serem corrigidos por meio de embargos.

Efetivamente, analisando os embargos, constata-se que a irresignação veiculada não está embasada nas hipóteses previstas no art. 619 do CPP, mas, sim, em inconformidade com o julgamento proferido, a qual, no entanto, deve ser ventilada por intermédio do recurso cabível, e não por meio desta via integrativa." (grifei)

Como visto, a questão controvertida diz respeito à possibilidade (ou não) da recorrente ser processada e julgada pela prática dos crimes tipificados nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993 (condutas disciplinadas, atualmente, no Capítulo II-B do Código Penal), a despeito da edição da Lei n. 12.863/2013, que alterou a Lei n. 8.958/1994, desobrigando as fundações de apoio da observância da legislação federal instituidora de normas sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.

Para a recorrente, tratando-se de denúncia que tem por objeto supostas contratações diretas irregulares (ou mesmo fraudulentas) firmadas por intermédio de fundações de apoio, deve ser reconhecida a *abolitio criminis*, uma vez que não mais subsiste a norma de extensão que exigia destas entidades o cumprimento da Lei n. 8.666/1993; vale dizer, se não estão sujeitas,

desde a edição da Lei n. 12.863/2013, às regras que disciplinam licitação e contratos na Administração Pública Federal, inviável o enquadramento da conduta atribuída à recorrente nos tipos penais descritos nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993.

As instâncias ordinárias, por outro lado, nada obstante reconheçam a evolução legislativa sobre o tema, excluindo as fundações de apoio do âmbito de incidência da Lei de Licitações, concluíram que, ao menos no atual estágio processual, não seria possível declarar a pretendida *abolitio criminis*, já que a denúncia imputa à recorrente condutas em desconformidade com obrigações previstas em lei (que não se resumiria à Lei de Licitações), admitindo, por consequência, a subsunção aos tipos penais em referência.

Válido notar, portanto, que consiste em fato incontroverso a inaplicabilidade da Lei de Licitações às fundações de apoio, isto a partir da edição da Lei n. 12.863/2013, que deu nova redação ao art. 3º da Lei n. 8.958/1994, sujeitando a execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes a regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, editado pelo Poder Executivo Federal.

Neste sentido a Corte Regional (fl. 142):

"[...] Atualmente, conforme já demonstrado, as compras de bens e serviços feitas por fundações de apoio, com recursos públicos repassados por Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) ou por Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), **não se sujeitam à observância da Lei de Licitações.**

Logo, não se poderia mais cogitar da prática dos delitos em tela (artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93), quando a conduta do agente tem por objeto compras de bens ou serviços realizados por fundações de apoio, com a utilização de recursos repassados por Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) ou por Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs)." (grifei)

O que se discute, portanto, não é a aplicabilidade da Lei de Licitações às fundações de apoio, mas se o atual contexto normativo interdito a possibilidade de enquadrar, nas figuras típicas dos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993, contratações celebradas por estas entidades em desconformidade com obrigações previstas em lei (compreendida em sentido amplo).

No ponto, entendo que assiste razão ao recorrente.

Ainda que não esteja em debate no presente feito, importa consignar que, segundo consolidado entendimento desta Corte Superior, “não há se falar em *abolitio criminis* com relação aos crimes da Lei n. 8.666/1993, porquanto houve a continuidade típico-normativa, por meio da inserção do Capítulo II-B no Código Penal, intitulado ‘Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos’. Precedentes” (AgRg no AREsp n. 2.073.726/PA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022)

Deste modo, a despeito de a ação penal ter por objeto fatos ocorridos entre os anos de 2008 e 2016, indiscutível que as condutas descritas nos revogados arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666

/1993 continuam a ser consideradas criminosas, observados os elementos típicos dos novos arts. 337-E (contratação direta ilegal) e 337-F (frustração do caráter competitivo de licitação), ambos do Código Penal.

Todavia, reitere-se, a pretensão recursal trata de questão distinta, que diz respeito a uma superveniente atipicidade das condutas atribuídas na denúncia não em razão da revogação dos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993, mas sim em razão da edição da Lei n. 12.863/2013, que suprimiu a base normativa que até aquele momento autorizava a incidência das disposições da Lei de 8.666/1993 sobre as fundações de apoio.

Diante deste cenário, imperioso se faz analisar as disposições contidas na antiga Lei de Licitações, vigente na época dos fatos atribuídos à recorrente.

Segundo a redação do revogado art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993: "Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios."

Consoante destacado pela Corte Regional, o dispositivo "não inclui as fundações de natureza privada" (fl. 137), caso da Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária - FAPEU, pelo que a Lei de Licitações (onde, registre-se, foram tipificados os crimes envolvendo licitações e contratos administrativos) não lhe seria aplicável.

Ocorre que, por certo tempo, vigorou norma de extensão que, de forma expressa, subordinava as fundações de apoio à legislação federal instituidora de regras sobre licitações e contratos da administração pública, razão pela qual, diante desta previsão legal, estavam tais entidades sujeitas à Lei n. 8.666/93, o que permitia, de igual modo, que eventuais contratações irregulares de bens e serviços estivessem ao alcance dos tipos penais nela descritos.

A norma de extensão constava do art. 3º da Lei n. 8.958/1994, segundo o qual:

"Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

- I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;**
- II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;
- III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;
- IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente."

O dispositivo legal, no entanto, sofreu substancial alteração a partir da edição da Lei n. 12.863/2013, passando a prever:

"Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, **as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo federal.**"

A atual redação do dispositivo legal, dada pela Lei n. 13.243/2016, estabelece:

"Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei que envolvam recursos provenientes do poder público, **as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo.**"

Significar dizer que, a partir da edição da Lei n. 12.863/2013 inexistia regra de extensão que vincule as fundações de apoio à Lei 8.666/1993, passando suas contratações de obras e serviços a se sujeitarem a regulamento específico editado pelo Poder Executivo Federal, que corresponde ao Decreto n. 8.241/2014.

Excluída do mundo jurídico a norma de extensão veiculada na redação original do art. 3º da Lei n. 8.958/1994, não há base normativa válida para enquadrar supostas contratações irregulares de bens e serviços das fundações de apoio nas figuras típicas dos revogados arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993.

Conforme notícia a recorrente, em situação análoga a dos autos, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em julgado da relatoria do então Desembargador Federal Messod Azulay Neto (RESE n. 0508882-94.2015.4.02.5101; Data de julgamento: 4/7/2017), reconheceu a existência de *abolitio criminis*, nos seguintes termos:

"PENAL - PROCESSUAL PENAL- RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MPF - ART. 288 do CP - ART. 89, DA LEI 8.666/93, N/F ART. 71, DO CP - CRIME DE QUADRILHA - LEI DAS LICITAÇÕES - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA -EXISTÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA- ART. 1º DA LEI 8.958/94 - RECURSO DESPROVIDO.

I - Recurso em Sentido Estrito em face de decisão que rejeitou a denúncia contra alguns réus, em relação à imputação dos crimes do art. 288, do CP e do art. 89, da Lei 8.666/93, n/f art. 71, do CP e contra outros réus, em relação aos crimes do art. 288, do CP e do art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93, com fundamento na atipicidade das condutas, em razão da *abolitio criminis*.

II - Não assiste razão ao Ministério Público Federal. De fato, trata-se de hipótese de *abolitio criminis*, como afirmou a juíza, porque as relações entre as instituições de ensino e suas fundações de apoio são regulamentadas pela Lei 8.958/94 que vem sendo alterada sucessivamente. Ora, o art. 1º da Lei 8.958/94 determina que as instituições de ensino poderão celebrar convênios com dispensa de licitação com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa e extensão.

III - No caso em tela, trata-se da FUNRIO que pode atuar em qualquer área de conhecimento. Considerando as alterações do art. 3º da Lei 8958/94, e o fato de que a lei que rege as condutas narradas na denúncia não tem natureza excepcional ou temporária, entendo que não se cogita mais do dever de licitar na forma da Lei 8.666/93 por parte das fundações, em virtude de modificação legal posterior, em razão da retroatividade da lei mais benéfica, e, também, da aplicação do art. 107, III do CP, ensejando a *abolitio criminis*.

IV - Recurso em Sentido Estrito desprovido para manter a decisão de rejeição da denúncia." (grifei)

Instada a se manifestar sobre o precedente acima transcrito, a Corte Regional, em sede de embargos de declaração, consignou o seguinte (fls. 179-179):

"[...]

A defesa da embargante aponta que o acórdão foi omissivo porque não enfrentou o julgado representativo de dissídio jurisprudencial.

Efetivamente o voto condutor do acórdão não examinou o precedente apresentado, pois esse não trata da questão debatida no recurso em sentido estrito, em especial em relação à solução que este obteve.

Registre-se, por oportuno, que o precedente apontado tratou de recurso em sentido estrito interposto pelo MPF, visando reverter a rejeição da denúncia que, depreende-se, examinou a conduta imputada no tempo, o que não é o caso deste RSE.

Restou claro no julgamento do recurso em sentido estrito que o caso não versa sobre *abolitio criminis* dos delitos previstos na Lei 8.666/93, e sim sobre os denunciados haverem procedido em desacordo com o que lhes era exigível.

Igualmente, o julgado embargado estabeleceu que pode, ou não, a depender das datas de realização das condutas, se penalmente relevantes, haver ensejo do juízo de primeira instância examinar a eventual ocorrência de *abolitio criminis*, o que por ora, nesta quadra processual, no bojo do recurso em sentido estrito, isso não é possível.

Destarte, o julgado não ostenta as alegadas contradição e omissão, pois nele foi realizado o exposto exame dos pontos referidos, de forma absolutamente inteligível." (grifei)

Não se vislumbra a distinção invocada pela Corte Regional, conforme, aliás, minucioso cotejo analítico realizado pela recorrente (fl. 197), destacando que, também no julgado paradigma, tratou-se de reconhecimento de *abolitio criminis* diante de inovação legislativa que afastou a incidência das normas da Lei de Licitações sobre contratações realizadas por fundações de apoio disciplinadas pela Lei n. 8.958/1994 (naquele caso, a FUNRIO - Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio de Janeiro).

A mera informação de que a denúncia imputa à recorrente crimes licitatórios por ter agido em "desacordo com o que lhes era exigível", independentemente da inaplicabilidade da Lei de Licitações, não é suficiente para afastar a conclusão de ocorrência, no caso, de *abolitio criminis*, decorrente, como visto, da exclusão da norma de extensão que vigorava até a edição da Lei n. 12.863/2013.

No ponto, cabe registrar, mais uma vez, o seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 144-145):

"[...]

Resta claro, pelo fato narrado na denúncia, que a imputação é concebida atribuindo aos réus terem deixado de atuar conforme era obrigatório proceder - entendimento consolidado do TCU e orientação da CGU.

Note-se que a denúncia não ignora a evolução legislativa experimentada pela Lei 8.958/94, e atribui aos réus conduta criminalmente reprovável por não obedecerem aos termos do Decreto nº 8.241/2014, que inclusive consta no Manual de Normas e Procedimentos para Compras e Contratação da FAPEU, cujo conteúdo considera as definições do Decreto nº 8.241/2014, prevendo a exigência de levantamento de 03 orçamentos pela Coordenadoria de Compras da FAPEU para compor os processos de compras, constatou-se o conluio entre os proprietários das empresas S. A. TOUR VIAGENS E TURISMO e AJC AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO.

[...]

De passagem, registro que o precedente trazido pela recorrente, em apoio a sua tese, por mim levado a julgamento, não encontra similitude com o presente caso. No precedente referido foi reconhecida a abolição criminis por conta de que os réus teriam fugido do emprego das disposições da Lei 8.666/93, quando a elas estariam obrigados, o que não restou confirmado.

No presente caso, a denúncia não pressupõe que os réus descumpriram a lei de licitações quando as fundações de apoio estavam desobrigadas de cumpri-la.

A denúncia reconhece a alteração legislativa da Lei 8.958/94, e os seus efeitos - desobrigar as fundações de seguir a lei de licitações a partir de 2013 -, e faz a imputação de fato que não permite a aplicação da consequência dessa alteração, porque a imputação é outra.

A imputação é: descumpriram os réus o dever que tinham, de proceder conforme as orientações do TCU e da CGU, e do próprio manual de procedimentos da FAPEU, de promoverem contratações com o aporte de pelo menos 03 orçamentos.

O fato alegado, de que a norma de extensão que obrigava as fundações de apoio a seguir a lei de licitação não mais vigora, é inócuo para o caso concreto." (grifei)

Segundo a Corte Regional, portanto, ainda que revogada a norma de extensão, continuaria a ser viável o enquadramento das condutas nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, já que a denúncia não se limitaria a imputar aos réus o descumprimento das regras previstas nessa lei federal, mas sim a inobservância de "orientações do TCU e da CGU", do "manual de procedimentos da FAPEU", ou dos "termos do Decreto nº 8.241/2014".

A amplitude dada à questão pelas instâncias ordinárias, admitindo a subsunção aos tipos penais dos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações por descumprimento de normas infralegais (e não leis em sentido estrito), não se mostra em consonância com o princípio da taxatividade, decorrência direta do princípio da legalidade, de necessária observância no direito penal.

Sobre o tema, discorre Cezar Roberto Bitencourt:

"Assim, objetiva-se que o princípio da legalidade, como garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal. O que deriva na correspondente exigência, dirigida ao legislador, de determinação das condutas puníveis, que também é conhecida como princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais." (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts. 1º a 120**. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 17-18).

Assim, ainda que fosse viável, em tese, sustentar a configuração dos crimes licitatórios dos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações em razão de contratações realizadas em desconformidade com outros diplomas legais (e não apenas em relação às regras da própria Lei n. 8.666/1993), atenta contra o princípio da taxatividade afirmar que o crime foi praticado por descumprimento de normas infralegais (a exemplo de orientações/recomendações de agências estatais).

Lembre-se que, no caso dos autos, imputa-se à recorrente a prática de crime por ter admitido contratação direta dos bens e serviços da fundação de apoio "fora das hipóteses legais"; o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 estipulava que seria crime dispensar ou inexigir licitação "fora das hipóteses previstas em lei"; não se mostra possível, portanto, alargar o âmbito de incidência do tipo penal para abarcar também suposta violação a orientações, manual de recomendações ou mesmo ao Decreto nº 8.241/2014.

A propósito:

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

[...]

4. Relevante assentar que os tipos penais trazidos na Lei de Licitações não têm a finalidade de criminalizar o mero descumprimento de formalidades, mas sim o descumprimento com a intenção de violar os princípios cardeais da administração pública. Com efeito, "irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa

consistente tipicidade material _ ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório". (Inq 3962/DF, rel. Min ROSA WEBER, julgamento em 20/2/2018).

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

[...]

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

(HC n. 485.791/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 20/5/2019, grifei.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ART. 96 DA LEI N. 8.666/1993. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDOTA NÃO PREVISTA NO TIPO PENAL. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM PREJUÍZO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços.

2. Considerando-se que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não pode haver interpretação extensiva de determinado tipo penal em prejuízo do réu.

3. Recurso especial desprovido."

(REsp n. 1.407.255/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe de 29/8/2018, grifei.)

Deste modo, não se justifica a continuidade da ação penal no que diz respeito, especificamente, aos crimes licitatórios imputados à recorrente, sem prejuízo do processo e julgamento quanto aos demais delitos descritos na denúncia.

Como visto, a edição da Lei 12.863/2013, ao afastar a incidência da Lei n. 8.666/1993 para contratações de bens e serviços por fundações de apoio, ensejou *abolitio criminis* quanto às condutas que, antes, poderiam ser enquadradas nos crimes tipificados nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993; não mais vigorando a norma de extensão, não há que se falar em crime licitatório praticado nas contratações supostamente irregulares firmadas por tais entidades.

Não fosse isso o bastante, se mostra incabível o enquadramento nos tipos penais em destaque por suposto descumprimento de normas infralegais, o que atentaria contra o princípio da taxatividade da norma penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, do RISTJ, **conheço e dou provimento ao recurso especial** para reconhecer a *abolitio criminis* quanto aos crimes licitatórios imputados à recorrente na Ação Penal n. 5028540-88.2019.4.04.7200, extinguindo a punibilidade nos termos do art. 107, III, do Código Penal, sem prejuízo da continuidade do feito no que diz respeito aos demais crimes descritos na denúncia.

Nos termos do art. 580 do CPP, estendo os efeitos desta decisão aos corréus denunciados pelos mesmos crimes imputados à recorrente.

Oficie-se ao Juízo da 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de setembro de 2025.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator