AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1935671 - RS (2021/0129664-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	ANDRE DA SILVA FERNANDES
AGRAVANTE	:	JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIAO FERNANDES
ADVOGADOS	:	JÉSSICA CATHCART E OUTRO(S) - PR082566
		JOICE CATHCART - PR082565
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 96, II, DA LEI N. 8.666/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. PLEITO DEFENSIVO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO QUE NÃO SE CONSUMOU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. MERCADORIA EFETIVAMENTE ENTREGUE. CRIME TENTADO.

I - A interposição do apelo extremo com fulcro na alínea **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, exige o atendimento dos requisitos do art. 1029, § 1º, do Código de Processo Civil, e art. 255, § 1º, do RISTJ, para a devida **demonstração do alegado dissídio jurisprudencial**, competindo à parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, bem como **transcrever os acórdãos para a comprovação da divergência** e realizar o **cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma**, com a constatação da **identidade das situações fáticas** e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, **situação que não ocorreu na espécie**.

II - A norma penal, em regra, descreve uma conduta proibida na forma consumada, sendo necessária a aplicação do artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o reconhecimento da tentativa. Dessa forma, se o delito previsto no artigo 96, inciso II, da Lei n. 8.666/93 (revogado pela Lei n. 14.133/2021, atual artigo 337-L, inciso II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira, de mercadoria falsificada, e, ao final da instrução penal, se constata não ter havido o prejuízo, **em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente**, tem-se como caracterizada a tentativa.

III - **Na presente hipótese**, exsurge dos autos que a empresa dos agravantes, após sagrar-se vencedora em procedimento licitatório (Tomada de Preços n. 025/13, formada a partir do Pregão Eletrônico n. 00091/2013 - fl. 390), tendo o objeto do

Documento eletrônico VDA37506633 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 8be12ad9-1a09-4ee7-a7bb-9625629e565c

contrato lhe sido devidamente **adjudicado** (fl. 381), efetivamente **entregou à Administração Pública 100 (cem) cartuchos de tinta remanufaturados e em embalagens falsificadas**, no valor total de R$ 17.999,00 (dezessete mil, novecentos e noventa e nove reais). Entretanto, a Administração Pública Federal não efetuou o efetivo pagamento pelos produtos fornecidos, apenas porque iniciou procedimento interno para a verificação da autenticidade do material (**já devidamente fornecido pelos recorridos**), oportunidade em se constatou a falsidade da mercadoria.

IV - O v. acórdão recorrido está em **consonância** com o entendimento deste eg. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, se os agravantes efetivamente praticaram todos os atos relativos ao fornecimento da mercadoria (tentativa perfeita), porém, **em razão exclusivamente de circunstâncias alheias à vontade dos agentes**, o delito não se consumou (configuração de prejuízo à Fazenda Pública), não se pode falar em conduta atípica, mas, sim, em **crime tentado**.

Agravo regimental **desprovido**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 27 de junho de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator

Documento eletrônico VDA37506633 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 8be12ad9-1a09-4ee7-a7bb-9625629e565c

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1935671 - RS (2021/0129664-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	ANDRE DA SILVA FERNANDES
AGRAVANTE	:	JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIAO FERNANDES
ADVOGADOS	:	JÉSSICA CATHCART E OUTRO(S) - PR082566
		JOICE CATHCART - PR082565
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 96, II, DA LEI N. 8.666/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. PLEITO DEFENSIVO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO QUE NÃO SE CONSUMOU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. MERCADORIA EFETIVAMENTE ENTREGUE. CRIME TENTADO.

I - A interposição do apelo extremo com fulcro na alínea **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, exige o atendimento dos requisitos do art. 1029, § 1º, do Código de Processo Civil, e art. 255, § 1º, do RISTJ, para a devida **demonstração do alegado dissídio jurisprudencial**, competindo à parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, bem como **transcrever os acórdãos para a comprovação da divergência** e realizar o **cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma**, com a constatação da **identidade das situações fáticas** e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, **situação que não ocorreu na espécie**.

II - A norma penal, em regra, descreve uma conduta proibida na forma consumada, sendo necessária a aplicação do artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o reconhecimento da tentativa. Dessa forma, se o delito previsto no artigo 96, inciso II, da Lei n. 8.666/93 (revogado

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

pela Lei n. 14.133/2021, atual artigo 337-L, inciso II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira, de mercadoria falsificada, e, ao final da instrução penal, se constata não ter havido o prejuízo, **em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente**, tem-se como caracterizada a tentativa.

III - **Na presente hipótese**, exsurge dos autos que a empresa dos agravantes, após sagrar-se vencedora em procedimento licitatório (Tomada de Preços n. 025/13, formada a partir do Pregão Eletrônico n. 00091/2013 - fl. 390), tendo o objeto do contrato lhe sido devidamente **adjudicado** (fl. 381), efetivamente **entregou à Administração Pública 100 (cem) cartuchos de tinta remanufaturados e em embalagens falsificadas**, no valor total de R$ 17.999,00 (dezessete mil, novecentos e noventa e nove reais). Entretanto, a Administração Pública Federal não efetuou o efetivo pagamento pelos produtos fornecidos, apenas porque iniciou procedimento interno para a verificação da autenticidade do material (**já devidamente fornecido pelos recorridos**), oportunidade em se constatou a falsidade da mercadoria.

IV - O v. acórdão recorrido está em **consonância** com o entendimento deste eg. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, se os agravantes efetivamente praticaram todos os atos relativos ao fornecimento da mercadoria (tentativa perfeita), porém, **em razão exclusivamente de circunstâncias alheias à vontade dos agentes**, o delito não se consumou (configuração de prejuízo à Fazenda Pública), não se pode falar em conduta atípica, mas, sim, em **crime tentado**.

Agravo regimental **desprovido**.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **ANDRE DA SILVA FERNANDES** e **JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIAO FERNANDES** contra decisão que **conheceu, em parte, do recurso especial** e, nessa extensão, **negou-lhe provimento** (fls. 496-503).

Informam os autos que os agravantes foram condenados, em primeiro grau, às penas, **respectivamente**, de **3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto**, a qual foi **substituída** por duas penas restritivas de direitos, além de

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

multa de 3% sobre o valor total do contrato objeto da licitação, e de **3 (três) anos de detenção, em regime inicial aberto**, a qual foi **substituída** por duas penas restritivas de direitos, além de **multa** de 2% sobre o valor total do contrato objeto da licitação, em razão da prática do delito previsto no **artigo 96 da Lei n. 8.666/93** (fls. 250-273).

Em segunda instância, o eg. Tribunal de origem, **por unanimidade**, deu **parcial provimento** à **apelação** interposta pela Defesa a fim de *"aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 14, II, do Código Penal, pelo crime tentado e* ***reduzir o quantitativo de multa fixada em relação ao corréu André"*** (fl. 402, grifei).

Nas razões do **recurso especial** (fls. 413-424), interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, os recorrentes sustentaram, além de **divergência jurisprudencial**, a **violação** ao **artigo 96, II, da Lei n. 8.666/93**, sob argumento de que, ao contrário do que restou consignado no v. acórdão recorrido, a conduta imputada aos recorrentes é atípica, pois a Administração Pública não realizou qualquer pagamento pelos bens objeto do contrato licitatório, de modo que não houve a configuração de prejuízo, elemento que seria indispensável para a adequada configuração do delito.

A fim de comprovar a divergência jurisprudencial, indicou como acórdão paradigma o prolatado no **Recurso Especial n. 1.683.839/SP**, concluindo, ainda, que, *"conforme voto de referida decisão e ementa o STJ entende que a ausência de prejuízo à administração pública é causa para atipicidade dos delitos constantes no art. 96 da Lei 8.666/93 enquanto o órgão julgador do acórdão recorrido entende que seria causa para reconhecimento da modalidade tentada do delito, de modo que há a divergência jurisprudencial"* (fl. 422).

Requereu, por fim, o conhecimento e provimento do recurso especial para absolver os recorrentes, tendo em vista a alegada atipicidade da conduta.

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 451-470), o recurso foi **admitido** na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior (fl. 473). A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou manifestação pelo **não conhecimento** do recurso especial (fls. 489-490). Nesta Corte Superior, o recurso especial foi **parcialmente conhecido** e, nessa extensão, **desprovido** (fls. 496-503).

Neste regimental (fls. 507-517), os agravantes afirmam que, ao contrário do que restou consignado na decisão impugnada, houve a adequada comprovação do dissídio jurisprudencial, com a exposição detalhada das circunstâncias que assemelham os casos

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

confrontados, bem como que, ante a ausência de entendimento dominante sobre o tema, seria inaplicável o enunciado n. 568 da Súmula deste STJ.

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada para que seja examinado e provido o recurso especial, ou, subsidiariamente, o encaminhamento dos autos ao Colegiado para a análise da matéria.

Por manter o **decisum**, trago o feito à Turma para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O presente regimental **não** reúne condições de prosperar.

Isso porque o agravo regimental deve trazer argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 496-503. Ao contrário, os argumentos ali externados merecem ser **ratificados**.

Conforme relatado, os agravantes foram condenados pelo delito previsto no **artigo 96 da Lei n. 8.666/93**, por terem fraudado, em prejuízo da Administração Pública, procedimento licitatório, ao venderem, à Justiça Federal de primeiro grau do Estado do Paraná, como se verdadeiros fossem, 100 (cem) cartuchos de tinta para impressora remanufaturados e em embalagens falsificadas (fl. 268).

No **recurso especial**, a Defesa pleiteou a absolvição dos agravantes, ante a alegada atipicidade da conduta que lhes fora imputada, tendo em vista que a Administração Pública não realizou qualquer pagamento pelos bens objeto do contrato licitatório, de modo que não houve a configuração de prejuízo, elemento que seria indispensável para a adequada configuração do delito.

Preliminarmente, no que se refere à interposição do recurso com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, verifica-se que **o recurso, de fato, não ultrapassa a barreira do conhecimento**.

Com efeito, a interposição do apelo extremo com fulcro na alínea **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, exige o atendimento dos requisitos do art. 1029,

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

§ 1º, do Código de Processo Civil, e art. 255, § 1º, do RISTJ, para a devida **demonstração do alegado dissídio jurisprudencial**, competindo à parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, bem como **transcrever os acórdãos para a comprovação da divergência** e realizar o **cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma**, com a constatação da **identidade das situações fáticas** e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, **situação que não ocorreu na espécie**.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA E LITISPENDÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Não se caracteriza a alegada ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal e regimental para que o relator julgue, monocraticamente, recurso especial com esteio em óbices processuais e na jurisprudência dominante deste Tribunal, hipótese ocorrida nos autos.*
>
> ***2. Quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, bem como realizar o devido cotejo analítico, demonstrando de forma clara e objetiva suposta incompatibilidade de entendimentos e similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu na espécie.***
>
> *[...]*
>
> *6. Agravo regimental não provido"* (AgRg no AREsp n. 1.193.027/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 17/12/2021, grifei).

Outrossim, no que se refere à suscitada **violação** ao **artigo 96, II, da Lei n. 8.666/93**, o v. acórdão impugnado está fundamentado nos seguintes termos (fls. 377-398, grifei):

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

"A sentença recorrida encontra-se assim fundamentada:

'[...]

2.2. Da materialidade, autoria e elementos do fato típico

A materialidade delitiva está consubstanciada na documentação que consta do Inquérito Policial nº 5000143-76.2015.4.04.7000, especialmente:

a) Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE nº 000.000.212 (evento 1 do IPL, NOT_CRIME2, p. 8);

b) Laudo Técnico nº 039/14L, lavrado pela empresa LEXMARK, consignando CARTUCHOS LEXMARK REMANUFATURADOS EM EMBALAGENS FALSIFICADAS (evento 1 do IPL, NOT_CRIME2, pp. 10-12);

c) Auto de Apreensão nº 20/2015 (evento 1 do IPL, APREENSAO5);

d) Laudo de Perícia Criminal Federal nº 497/2015 - SETEC/SR/DPF/PR, concluindo pela inautenticidade do material examinada (evento 4 do IPL, DESP1);

e) Processo Administrativo de Ata de Registro de Preços nº 025/13 (evento 13 do IPL, PROCADM3 a PROCADM5);

f) Relatório nº 109/2016 do Núcleo de Operações Especiais do Governo do Distrito Federal, atestando a falsidade da nota fiscal de saída nº 1000, que teria sido emitida pela empresa RM PAPELARIA E INFORMÁTICA LTDA - ME para a empresa BYTE COLOR SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA (evento 13 do IPL, OFIC7);

g) Contrato social da empresa BYTE COLOR SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA - ME, em que consta o início da sociedade em 01/10/2012 (evento 5 do IPL, DESP1, pp. 4-9).

***Esses documentos comprovam que o edital da licitação vedava a participação de produto recondicionado/remanufaturado e pela empresa BYTE COLOR - que tinha conhecimento dessa condição - foi declarado durante a sessão do pregão que o produto ofertado era original**. Mesmo assim, **foram entregues cartuchos de toner LEXMARK remanufaturados, acondicionados em embalagens falsificadas**, conforme atestado pelo fabricante, de forma que a materialidade do crime previsto no art. 96 da Lei nº 8.666/93, é incontestável.*

***A autoria do delito de fraude na execução do contrato também é certa e recai sobre os réus ANDRÉ DA SILVA FERNANDES e JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIÃO FERNANDES, sócios da empresa BYTE COLOR SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA - ME**, participante do certame, sendo robusto o acervo probatório coligido aos autos.*

Infere-se do procedimento administrativo (evento 13 do IPL, PROCADM3 a PROCADM5), correspondente ao Pregão Eletrônico nº

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

00091/2013 (SRP), que ***foi homologada a adjudicação para a empresa BYTE COLOR SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA. - ME , pelo melhor lance (R$ 179,99), referente à aquisição, pela Justiça Federal de 1º Grau no Paraná, de até 400 (quatrocentos) cartuchos toner para impressora LEXMARK, durante o prazo de 12 meses****, contados da assinatura do contrato, em 22/11/2013.*

Conforme Ata de Registro de Preços nº 025/13, firmada entre a Justiça Federal e a empresa BYTE COLOR SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA. - ME, sujeitaram-se as partes às normas constantes da Lei n.º 8.666/93, do Decreto n.º 7.892/2013 e, dentre outras, às seguintes disposições:

[...]

Diante do convincente contexto probatório, é insofismável que os acusados ANDRÉ DA SILVA FERNANDES e JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIÃO FERNANDES participaram, efetivamente, do processo licitatório - Tomada de Preços nº 025/13, formada a partir do Pregão Eletrônico nº 00091/2013, promovido pela Justiça Federal de 1º Grau no Paraná - e, conscientemente, venderam e entregaram as mercadorias constantes do DANFE nº 000.000.212 (100 unidades de toner para impressora Lexmark) remanufaturados e em embalagens falsificadas, a fim de obterem lucro.

E subsumindo a conduta dos réus ao tipo descrito no art. 96 da Lei nº 8.666/93, por corolário lógico e jurídico, rejeita-se a tese da defesa de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 175 do Código Penal*, que assim dispõe:*

[...]

Enfim, os denunciados ANDRÉ DA SILVA FERNANDES e JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIÃO FERNANDES, na prática do delito tipificado no art. art. 96 da Lei nº 8.666/93 (fraude na execução do contrato), agiram com dolo, conforme se infere dos elementos constantes nos autos e acima referidos, vale dizer, com plena consciência de que, com suas condutas, realizaram a figura típica descrita. Configurada, portanto, a tipicidade*.*

Considerando que o tipo exerce função indiciária da antijuridicidade, bem como ausentes quaisquer das causas justificantes do art. 23 do Código Penal, conclui-se presente a antijuridicidade da conduta.

Quanto à culpabilidade, enquanto juízo de reprovação que recai sobre a conduta, está presente, porquanto, ao tempo do fato, os réus eram imputáveis, tinham robusta consciência da ilicitude de seus atos e deles era plenamente exigível conduta diversa.

Assim, ***comprovadas a materialidade, a autoria, a tipicidade e inexistindo causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, impõe-se a condenação dos réus ANDRÉ DA SILVA FERNANDES e JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIÃO FERNANDES pela prática do crime previsto no artigo 96 da Lei nº 8.666/93 (fraude na execução do***

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

***contrato)**.'*

À míngua de preliminares levantadas, passo à análise do mérito recursal.

[...]

*Sem embargo disso, aponto que **a materialidade e a autoria de André e Janayna em relação ao fato imputado estão sobejamente demonstradas, como apontou o juízo a quo na fundamentação da sentença, fundamentos esses que acolho e adoto como razões de decidir**.*

[...]

***Reconheço a presença do dolo exigido pelo tipo penal, também pela circunstância de que os réu informaram em seus interrogatórios que sua empresa se dedicava à compra, para revenda, de cartuchos vazios de toner/tinta para impressoras, não fornecendo justificativa plausível para participarem de licitação cujo regramento exigia o fornecimento de cartuchos originais do fabricante da impressora, não remanufaturados**, com preços menores que os preços de referência da licitação, e do que os preços dos distribuidores oficiais da fabricante da impressora.*

[...]

Das teses defensivas de dosimetria

Em que pese o tema da tentativa não tenha sido desenvolvido pela defesa durante a instrução, defluindo naturalmente da narrativa fática constante da inicial acusatória, e dizendo respeito ao enquadramento típico, não está a matéria interditada para exame do tribunal, também porque objeto da apelação.

***É de ser provido o recurso nesse ponto**.*

Tratando o tipo penal do art. 96 da Lei nº 8.666/93 de delito de natureza material, consumando-se com o efetivo prejuízo à Fazenda Pública, não tendo ocorrido a consumação do crime, por circunstâncias alheias à vontade do agente - a deflagração do processo interno da administração para a verificação da autenticidade do material recebido -, cabe reconhecer a forma tentada do delito.

Na esteira de Bitencourt (ob. citada, p. 253), pode ocorrer tentativa sempre que, praticada a conduta descrita, por qualquer dos meios mencionados no tipo legal, não ocorrer o pagamento por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Dou provimento ao recurso no ponto para reconhecer o cometimento do delito na sua forma tentada, reduzindo a pena em grau mínimo, ou seja, 1/3 (um terço)."

Dos excertos acima colacionados, verifica-se que, na presente hipótese, o eg. Tribunal de origem entendeu por aplicar a causa de diminuição de pena relativa ao crime

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

tentado, tendo em vista que, por razões alheias à vontade dos agentes, o delito tipificado no artigo 96, II, da Lei n. 8.666/93, não se consumou.

De fato, a norma penal, em regra, descreve uma conduta proibida na forma consumada, sendo necessária a aplicação do artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o reconhecimento da tentativa.

Dessa forma, se o delito previsto no artigo 96, inciso II, da Lei n. 8.666/93 (revogado pela Lei n. 14.133/2021, atual artigo 337-L, inciso II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira, de mercadoria falsificada, e, ao final da instrução penal, se constata não ter havido o prejuízo, **em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente**, tem-se como caracterizada a tentativa.

Na presente hipótese, exsurge dos autos que a empresa dos agravantes, após sagrar-se vencedora em procedimento licitatório (Tomada de Preços n. 025/13, formada a partir do Pregão Eletrônico n. 00091/2013 - fl. 390), tendo o objeto do contrato lhe sido devidamente **adjudicado** (fl. 381), efetivamente **entregou** à Administração Pública 100 (cem) cartuchos de tinta remanufaturados e em embalagens falsificadas, no valor total de R$ 17.999,00 (dezessete mil, novecentos e noventa e nove reais).

Entretanto, a Administração Pública Federal não efetuou o efetivo pagamento pelos produtos fornecidos, apenas porque iniciou procedimento interno para a verificação da autenticidade do material (**já devidamente fornecido pelos recorridos**), oportunidade em se constatou a falsidade da mercadoria.

Dessa forma, verifica-se que o v. acórdão está em **consonância** com o entendimento deste eg. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, se os agravantes efetivamente praticaram todos os atos relativos ao fornecimento da mercadoria (tentativa perfeita), porém, **em razão exclusivamente de circunstâncias alheias à vontade dos agentes**, o delito não se consumou (configuração de prejuízo à Fazenda Pública), não se pode falar em conduta atípica, mas, sim, em **crime tentado**.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 96, INCISO II, DA LEI Nº 8.666/93, NA FORMA TENTADA. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA. TIPICIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO.*

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. A norma penal, em regra, descreve uma conduta proibida na forma consumada, sendo necessária a aplicação do artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o reconhecimento da tentativa. Dessa forma, se o delito previsto no artigo 96, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 (revogado pela Lei n.º 14.133/2021, atual art. 337-L, inciso II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira mercadoria falsificada, e no final da instrução penal se constata não ter havido o prejuízo, evidentemente que ficou caracterizada a tentativa na hipótese.

4. A Corte local manteve a redução pela tentativa em 1/3 (um terço), tendo em vista o iter criminis percorrido pelo agente, uma vez que sua ação ficou bem perto da consumação, considerando que ele chegou a entregar os produtos para o ente licitante e expediu a nota fiscal, somente não ocorrendo o pagamento pela constatação da falsificação do material apurada em inspeção pelo representante da empresa competente para tanto *(e-STJ fl. 463). Ora, rever tal conclusão, como requer a parte recorrente, no sentido da aplicação da fração de 2/3 (dois terços), em relação à tentativa, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula 7/STJ.*

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 1.955.298/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 3/11/2021, grifei).

Ante o exposto, por não vislumbrar a existência de argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA37506639 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 29/06/2023 20:16:38
Código de Controle do Documento: 6129a989-f9cc-48d3-aefe-ac18fabf5e34

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0129664-7

AgRg no REsp 1.935.671 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50001437620215404700 0 50563453920164047000

EM MESA

JULGADO: 27/06/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ANDRE DA SILVA FERNANDES
RECORRENTE	:	JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIAO FERNANDES
ADVOGADOS	:	JÉSSICA CATHCART E OUTRO(S) - PR082566
		JOICE CATHCART - PR082565
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	ANDRE DA SILVA FERNANDES
AGRAVANTE	:	JANAYNA PINHEIRO ESPERIDIAO FERNANDES
ADVOGADOS	:	JÉSSICA CATHCART E OUTRO(S) - PR082566
		JOICE CATHCART - PR082565
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Documento eletrônico VDA37494468 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 28/06/2023 16:58:10
Código de Controle do Documento: 6A312CD1-9A12-4472-A190-07DFA54F9089