



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.808 - RS (2014/0305250-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOÃO BATISTA BARCELLOS DA SILVA
ADVOGADO : THAÍS COMASSETTO FELIX E OUTRO(S)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO DE LESIONAR OS COFRES PÚBLICOS E EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO.

1. Para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Deve estar caracterizado não só o dolo específico de causar dano ao Erário, mas também o próprio dano.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de maio de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.808 - RS (2014/0305250-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão de fls. 2627/2634, assim ementada:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVANTE ISaque DA SILVA BECKER: INTERPOSIÇÃO DO ESPECIAL ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO SUBSEQUENTE. EXTEMPORANEIDADE (SÚMULA 418/STJ). RECORRENTE JOÃO BATISTA BARCELLOS DA SILVA: INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO DE LESIONAR OS COFRES PÚBLICOS E EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU (ART. 580 DO CPP).

Agravo em recurso especial de Isaque da Silva Becker improvido. Recurso especial de João Batista Barcellos da Silva parcialmente provido, com extensão dos efeitos ao corréu.

Sustenta o agravante, em síntese, o desacerto do *decisum*, sob o argumento de que *o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, consumando-se com a omissão da licitação fora das hipóteses previstas na lei* (fl. 2648).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.808 - RS (2014/0305250-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A irresignação não merece prosperar, pois os argumentos colacionados nas razões do agravo regimental não foram capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual a mantenho integralmente, no que interessa, *in verbis* (fls. 2.630/2.633):

[...]

Quanto ao pleito de absolvição, com fundamento na exigência de dolo específico e de ocorrência de prejuízo, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, assiste razão ao recorrente.

Na denúncia (fls. 2/16), não se fez menção ao elemento subjetivo específico, nem à existência de resultado naturalístico decorrente da conduta dos agentes.

Na sentença condenatória, asseverou-se que, *no caso dos crimes tipificados no artigo 89, da Lei nº 8.666/93, irrelevante aferir se as obras foram efetivamente pagas pela CORSAN, notadamente porque, na espécie, o fato se consuma com a prática do ato administrativo de dispensa ou declaração de inexigibilidade, independentemente da realização do contrato daí decorrente; ou com a omissão em não observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade* (fl. 1934).

Por fim, no acórdão recorrido, afirmou-se o seguinte (fls. 2263/2264):

[...]

Desta forma, resta evidente a vontade dos réus Isaque e João Batista em realizar contratações ilícitas, sem licitação, deixando de considerar globalmente as despesas com serviços de reformas em reservatórios de água, mediante o fracionamento indevido, efetuando pagamentos superfaturados até mesmo por serviços não realizados. Claro o elemento subjetivo do tipo.

Cumprе ressaltar, por fim, que a configuração da prática delitiva descrita na denúncia não está a demandar a comprovação de desfalque ao erário público. Trata-se de crime de mera conduta, cuja ação se esgota na simples omissão em não realizar a concorrência pública para a obtenção dos serviços.

[...]

Por conseguinte, verifica-se, primeiramente, que a inicial acusatória não demonstrou a intenção dos agentes em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de efetivo prejuízo. Em outras palavras, não há na inicial ofertada pelo Parquet menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao Erário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Então, nos limites da denúncia, houve a condenação dos recorrentes. Ou seja, extrai-se do julgamento proferido pela Corte local o entendimento de que são desnecessários, para a configuração do crime em questão, o elemento subjetivo específico e a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para o erário.

Todavia, esta Corte Superior tem compreendido de modo diverso.

Com efeito, por ocasião da APn n. 480, a Corte Especial, por maioria, sendo relator para o acórdão o Ministro Cesar Rocha, concluiu que, para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Deve estar caracterizado não só o dolo específico de causar dano ao Erário, mas também o próprio dano.

A propósito:

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

- Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo.

Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Ação penal improcedente.

(APn n. 480/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012 - grifo nosso)

Inclusive, há recentes precedentes de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção, no mesmo sentido:

[...]

1. Esta Relatoria, com base na jurisprudência então dominante neste Superior Tribunal de Justiça, posicionava-se no sentido de que a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 prescindia da comprovação da ocorrência de prejuízo ao erário, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observância das formalidades legais.

2. Contudo, após o julgamento da APn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dano ao erário, exigindo-se a efetiva comprovação do prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, tanto o édito repressivo quanto o aresto que o confirmou deixaram de se reportar a qualquer atitude do paciente capaz de caracterizar o necessário dolo específico de causar prejuízo ao erário, tendo apenas consignado que ordenava despesas sem a observância do procedimento licitatório necessário, o que, como visto, se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

4. Constatada a similitude fática dos demais corrêus com relação a atipicidade da conduta que ora se reconhece, devem lhes ser estendidos os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, no tocante do delito disposto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corrêus.

(HC n. 254.615/TO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23/8/2013 - grifo nosso)

[...]

2. Conforme entendimento recentemente pacificado nesta Corte Superior de Justiça, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, devem ficar demonstradas a intenção dos agentes em lesionar os cofres públicos e a existência de dano ao Erário (APn n. 480/MG, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/3/2012).

3. Da análise da inicial acusatória e dos documentos que instruem a inicial não emerge a existência do dolo específico por parte da paciente, então prefeita do município de Fernandópolis/SP, que, antes de proceder à dispensa de licitação, solicitou parecer da Procuradoria Jurídica do município, a qual se manifestou favorável à dispensa do certame por vislumbrar adimplidas as condições previstas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993.

[...]

(HC n. 202.937/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 17/9/2012 - grifo nosso)

Desta forma, entendo que deve mesmo ser afastada a condenação do recorrente, diante da atipicidade da conduta.

Isso poque não se olvida que os elementos contidos na inicial acusatória demonstram, em tese, o cometimento de irregularidades administrativas, a serem eventualmente apuradas em esfera própria. Contudo, não se extrai dos autos o substrato mínimo a atrair a incidência do tipo penal, não se justificando a condenação do paciente [recorrente] pelas sanções do art. 89 da Lei n. 8.666/93 (REsp n. 1.349.442/PI, Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, DJe 15/04/2013).

Há mais, porém, a ser dito.

De fato, embora o corrêu Isaque da Silva Becker não haja interposto recurso especial quanto ao ponto, observo que a sua situação não difere da do recorrente João Batista, de sorte que se impõe a extensão dos efeitos da presente decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0305250-3

AgRg no
REsp 1.497.808 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0052132388 1878050420148217000 20900239531 2395322320098210001
2541029020148217000 52132388 5647165220128217000 70052581170 70059952424
70060615390

EM MESA

JULGADO: 21/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: JOÃO BATISTA BARCELLOS DA SILVA
ADVOGADO	: THAÍS COMASSETTO FELIX E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE	: ISAQUE DA SILVA BECKER
ADVOGADOS	: NORBERTO FLACH E OUTRO(S) ALEXANDRE MASIERO BITTENCOURT
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CORRÉU	: ANTÔNIO ALMEIDA DE CARVALHO
CORRÉU	: ALEXANDRE FLECK

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: JOÃO BATISTA BARCELLOS DA SILVA
ADVOGADO	: THAÍS COMASSETTO FELIX E OUTRO(S)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.