



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.443 - SP (2014/0304203-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : INÁCIO DE LOIOLA ADRIANO
ADVOGADO : AMAURI GOMES FARINASSO E OUTRO(S) - SP087428

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA.

1. Na linha do entendimento fixado por esta Corte Superior, a condenação pela prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 depende da demonstração do dolo específico, consistente na intenção deliberada de causar dano ao erário, bem como do efetivo prejuízo verificado, o que inorreu na hipótese.

2. A sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, sem necessidade do exame aprofundado de provas, vedado a teor da Súm. n. 7/STJ, deixaram claro e bem delimitado todo o contexto fático em que a conduta foi perpetrada. Não se reputou qualquer atitude do agravado capaz de caracterizar o dolo específico de causar prejuízo ao erário. Foi consignado, apenas, que os acusados "fracionaram o objeto a fim de realizar compras de forma direta, dispensando, com isso, a realização do certame licitatório fora das hipóteses previstas em lei", o que se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

3. A suposta violação dos princípios constitucionais - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência -, depende da prévia análise de norma infraconstitucional, devidamente aplicada, conforme a jurisprudência desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.443 - SP (2014/0304203-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : INÁCIO DE LOIOLA ADRIANO
ADVOGADO : AMAURI GOMES FARINASSO E OUTRO(S) - SP087428

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental contra decisão que proveu recurso especial para, em face da ausência de comprovação de dolo específico, absolver INÁCIO DE LOIOLA ADRIANO, condenado à pena de 3 (três) anos de detenção, em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 89 da Lei n. 8.666/93, c/c o art. 29 do Código Penal.

Alega o agravante que a matéria não está pacificada nos Tribunais Superiores, tanto que, em sessão realizada em 28/6/2016, o STF, ao apreciar a Ação Penal n. 971/RJ, decidiu que, em relação ao crime de dispensa indevida de licitação, não é necessária a demonstração de efetivo prejuízo para tipificar a conduta, dada a natureza formal do delito.

Acrescenta que o processo licitatório deve respeitar a disciplina normativa positiva e os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da CF - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Pugna, ao final, pelo provimento do agravo, para que seja restabelecida a sentença condenatória.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.443 - SP (2014/0304203-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 1.266/1.271):

No caso, o recorrente foi denunciado por infração ao art. 89, caput, primeira parte, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 29 do Código Penal, porque, juntamente com MARCOS PEREZ, nas dependências da Prefeitura Municipal de Quatá/SP, agindo previamente ajustado e com unidade de desígnios, dispensaram licitação fora das hipóteses previstas em lei, contratando diretamente com as empresas Gomes & Maram LTDA, Luis Ricardo Neves Nogueira-ME.

Concluída a instrução criminal, foi condenado, nos termos da exordial acusatória, à pena de 3 (três) anos de detenção, em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa. Na oportunidade, consignou o Magistrado (e-STJ fl. 445):

Do mesmo modo, por se tratar de crime formal, não há falar que o recebimento das mercadorias pelo Município afasta a tipicidade, por ausência de prejuízo.

Ao contrário, tutela-se, como exposto, a moralidade administrativa, visando assegurar a igualdade de condições entre os concorrentes e a apuração das melhores condições para a contratação pública, por meio daí necessária licitação.

Não importa para fins de enquadramento típico, pois, que os objetos contratados tenham sido recebidos, o que obviamente não influi no fato de a licitação ter sido dispensada indevidamente.

Por sua vez, ratificou o acórdão recorrido (e-STJ fls. 566/569):

Com efeito, as condutas tipificadas nos artigos 89 e 90 não requerem, por parte do sujeito ativo, uma finalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específica ou especial no ato de cometimento da ação delitiva.

O tipo penal não exige qualquer resultado especial para a sua configuração, bastando que o agente público dispense ou deixe de exigir a licitação, fora das hipóteses previstas em lei, porquanto visa proteger os princípios da publicidade, igualdade, formalidade e a moralidade nos certames licitatórios, bem como a lisura das concorrências, exigência superior da própria moralidade administrativa e do interesse público. Exigir-se a ocorrência de prejuízo ao erário público seria dar um salvo-conduto aos maus administradores da coisa pública.

O fracionamento das compras não exime a necessidade da realização de certame, eis que a necessidade da compra de pneus para a frota municipal é previamente conhecida e, portanto, previsível.

A alegada ausência de prejuízo é irrelevante para a configuração do delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/93.

[...]

E, tratando-se de crime de mera conduta, efetivada a contratação sem o processo licitatório e sem o procedimento de dispensa, consumado está o delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/93.

Para a configuração do crime em tela, basta que não tenha sido realizada licitação ou que esta tenha sido dispensada fora das hipóteses previstas em lei, exatamente como aconteceu no caso em exame.

[...]

Na linha do entendimento fixado por esta Corte Superior, a condenação pela prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 depende da demonstração do dolo específico, consistente na intenção deliberada de causar dano ao erário, bem como do efetivo prejuízo verificado, o que ocorreu na hipótese.

Neste sentido decidiu a Corte Especial desta Corte Superior:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012).

Confiram-se, ainda, os recentes precedentes da Quinta Turma:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Como cediço, a jurisprudência desta Corte Superior acompanha o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de que a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar. Precedentes.

2. O dominus litis, contrariando entendimento jurisprudencial consolidado, não descreveu adequadamente o dolo específico do prefeito em causar prejuízo à Administração Pública, bem como a sua efetiva ocorrência. Por conseguinte, diante da ausência dos elementos novos exigidos jurisprudencialmente, de rigor é o trancamento do processo penal por patente atipicidade formal da conduta narrada, ressalvando-se a possibilidade de nova denúncia, caso sejam minimamente demonstrados os novos fatos, pertinentes às elementares faltantes.

3. Recurso ordinário provido. (RHC 35.598/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. OCORRÊNCIA. OMISSÃO EVIDENCIADA. EFEITOS INFRINGENTES. ACOLHIMENTO.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. No caso em apreço, houve, de fato, omissão relevante quanto ao exame da apontada violação ao art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

3. Hipótese em que o acórdão embargado, da lavra do em. Ministro a quem o ora relator sucedeu, ao negar provimento ao agravo regimental interposto pelo réu, deixou de atentar para a circunstância, devidamente suscitada no recurso, de que as instâncias ordinárias reconheceram a inexistência de efetivo prejuízo ao erário, omissão de todo relevante para o julgamento do feito, considerando que há posicionamento consolidado nesta Corte Superior na linha de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a ocorrência de efetivo prejuízo aos cofres públicos.

4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes, para absolver o réu da prática delituosa prevista no art. 89 da Lei de Licitações. (EDcl no AgRg no AREsp 522.754/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Após o julgamento da Apn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que o delito previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 exige comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do efetivo prejuízo à Administração Pública.

2. No caso dos autos, tanto o édito repressivo quanto o aresto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 efetuava a contratação de serviços médicos de oftalmologia e adquiria materiais de laboratório sem a realização do necessário procedimento licitatório, o que, como visto, se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, expedindo-se alvará de soltura em seu favor. (HC 299.351/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 26/11/2014).

Nesse diapasão, veja o julgado do STF:

EMENTA Ação penal. Dispensa de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Tomada de preço. Contratos de locação de veículos. Termos aditivos. Prorrogação do prazo de vigência. Alegada violação do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Ausência de dolo. Fato atípico. Ordenação de despesas não autorizadas (art. 359-D do Código Penal). Acusado que, à época dos fatos, não mais detinha qualquer poder para ordenar as despesas em questão. Ação penal improcedente. 1. O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 pressupõe, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 2. Não se vislumbra, na conduta dos acusados de firmar termos aditivos, prorrogando a vigência de contratos de locação de veículos precedidos de licitação na modalidade de tomada de preços, o dolo de causar prejuízo ao erário. Atipicidade do fato reconhecida. 3. Uma vez que o acusado, à época dos fatos, não detinha mais poderes para ordenar despesas não autorizadas por lei, está provado que não concorreu de qualquer forma para o crime descrito no art. 359-D do Código Penal. 4. Ação penal julgada improcedente. (AP 700/MA, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, acórdão eletrônico DJe-080, divulgado em 25/4/2016, publicado em 26/4/2016).

No caso dos autos, sem necessidade do exame aprofundado do arcabouço probatório, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súm. n. 7/STJ, observo que a conduta em apuração não se enquadra no ilícito previsto no art. 89 da Lei de Licitações.

A sentença condenatória e o acórdão que a confirmou deixaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

claro e bem delimitado todo o contexto fático em que a conduta foi perpetrada. Não se reputou qualquer atitude do recorrente capaz de caracterizar o dolo específico de causar prejuízo ao erário. Foi consignado, apenas, que os acusados "fracionaram o objeto a fim de realizar compras de forma direta, dispensando, com isso, a realização do certame licitatório fora das hipóteses previstas em lei" (e-STJ fl. 448), o que, como visto, mostra-se insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para absolver o acusado, na ação penal que tratam esses autos.

Publique-se.

Intimem-se.

Vale aqui acrescentar que o princípio do livre convencimento do julgador autoriza a escolha de uma vertente jurisprudencial a respeito do tema em questão. A existência de julgado em sentido contrário não é suficiente para a reforma da decisão.

Finalmente, a suposta violação dos princípios constitucionais - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência -, depende da prévia análise de norma infraconstitucional, devidamente aplicada, conforme a jurisprudência desta Corte que já se firmou no sentido de ser necessária a condenação pela prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 depende da demonstração do dolo específico, consistente na intenção deliberada de causar dano ao erário, bem como do efetivo prejuízo verificado.

Veja, ainda, o recente precedente desta Turma, decidido à unanimidade de votos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE NÃO DESCREVE A FORMA COMO OS RECORRENTES TERIAM CONTRIBUÍDO PARA A PRÁTICA CRIMINOSA, O SEU DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PREJUÍZOS AO ERÁRIO. PEÇA VESTIBULAR QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA CARACTERIZADA. PROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

2. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que no sentido de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, o Ministério Público cingiu-se a afirmar que os recorrentes, sócios-administradores da empresa SC Soluções em Comunicação e Editora Ltda., teriam concorrido para a prática criminosa ao auferir os benefícios decorrentes da contratação com o Poder Público, deixando de mencionar de que maneira teriam contribuído para a inexigibilidade ilegal do procedimento licitatório, de que forma estariam conluiados aos demais corréus, agentes públicos, na restrição do caráter competitivo do certame, bem como o seu dolo específico de fraudar a Administração e os prejuízos por ela suportados, o que revela a inaptidão da vestibular para deflagrar a ação penal em apreço.

4. Recurso provido para declarar a inépcia da denúncia oferecida nos autos da Ação Penal n. 188.14.002975-5 apenas no tocante aos recorrentes. (RHC 70.752/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016)

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0304203-7

AgRg no
REsp 1.497.443 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014275420088260486 14275420088260486 17508 4860120080014277

PAUTA: 27/09/2016

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: INÁCIO DE LOIOLA ADRIANO
ADVOGADO	: AMAURI GOMES FARINASSO E OUTRO(S) - SP087428
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	: INÁCIO DE LOIOLA ADRIANO
ADVOGADO	: AMAURI GOMES FARINASSO E OUTRO(S) - SP087428
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: MARCOS PEREZ

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: INÁCIO DE LOIOLA ADRIANO
ADVOGADO	: AMAURI GOMES FARINASSO E OUTRO(S) - SP087428

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.