



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.669 - MG (2016/0050637-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FRANCISCO ADEVALDO SOARES PRAES
ADVOGADO : AUGUSTO MARIO CALDEIRA PAULINO - MG023135N
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO TEMPORAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. DECISÃO ANTERIOR DEFINITIVAMENTE JULGADA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PARTE DO ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A nulidade por ausência de intimação do advogado constituído para a sessão de julgamento deve ser alegada na primeira oportunidade.
2. Sendo arguida nulidade no julgamento do recurso em sentido estrito apenas quando das razões de apelação, tem-se como consumada a preclusão temporal.
3. A ilegitimidade do querelante para oferecer ação penal privada subsidiária da pública, por sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada, encontra-se alcançada pela preclusão consumativa.
4. Nos termos da Súmula 207/STJ, *É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.*
5. Verificada flagrante ilegalidade, deve ser concedido *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.
6. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais – art. 89 da Lei n. 8.666/93 –, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública.
7. Ausente a demonstração do elemento subjetivo específico e da ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo ao erário, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.
8. Agravo regimental improvido e *habeas corpus* concedido de ofício para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e conceder habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 30 de março de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.669 - MG (2016/0050637-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FRANCISCO ADEVALDO SOARES PRAES
ADVOGADO : AUGUSTO MARIO CALDEIRA PAULINO - MG023135N
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

FRANCISCO ADEVALDO SOARES PRAES interpõe agravo regimental em face de decisão que negou provimento ao recurso especial e julgou prejudicado o pedido de antecipação de tutela recursal.

Sustenta o agravante nulidade por ausência de intimação pessoal do defensor e/ou do agravante para comparecimento à sessão de julgamento do recurso em sentido estrito.

Alega, ainda, ilegitimidade ativa do Município querelante para oferecer ação penal privada subsidiária da pública.

Assevera, outrossim, ausência de demonstração do dolo específico exigido ao tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93.

Aduz, por fim, que a simples menção ao quantitativo dos crimes para fundamentar o aumento da pena contraria a Súmula 443/STJ.

Requer a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma, a fim de que seja dado provimento ao recurso especial.

O Ministério Público Federal apresentou impugnação pelo improvimento do agravo interno.

Foi deferido o pedido de liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, conferindo ao requerente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do recurso especial (fls. 3976/3980).

O Município de Guaraciama requereu a reconsideração da decisão de fls. 3976/3980, pugnando pela execução provisória da pena.

A defesa apresentou certidão que demonstra ausência de notificação para apresentação de defesa prévia.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.669 - MG (2016/0050637-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão recorrida encontra-se assim fundamentada (fls. 3898/3906):

Inicialmente, incabível, na via eleita, o exame de violação a dispositivos constitucionais, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

No tocante à apontada nulidade por ausência de intimação pessoal do recorrente da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, o Tribunal de origem assim decidiu (fls. 3246/3250):

A defesa alega que há nulidade no feito pela ausência de participação do querelado ou de seu advogado na sessão de julgamento do Recurso em Sentido Estrito.

Razão não lhe socorre.

O magistrado primevo ressalta à f. 2.889 a falta de comprovação do alegado, quedando-se ademais inerte o defensor em grau de recurso do ônus que lhe cabia nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Ônus processual é portanto a faculdade que uma parte possui para praticar ou deixar de praticar determinado ato; no processo, que lhe possa trazer uma vantagem.

Quedando-se inerte portanto poderá se sujeitar a uma situação de desvantagem.

O ônus probandi é aquele que se imputa à parte por não ter produzido a prova do que alega.

O Julgador desta forma após examinados os fatos controvertidos, chegando a um Juízo de certeza quanto à existência/veracidade dos mesmos, sentenciará de forma fundamentada favoravelmente àquele que demonstrar estar com o direito.

ADA PELEGRINI GRINOVER leciona sobre a questão:

"Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dúvida. Neste enfoque, a Lei nº 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado à defesa coletiva de seus interesses, além de sistematizar a responsabilidade objetiva e reformular os conceitos de legitimação para agir e conferir efeitos à coisa julgada secundum eventum litis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida." [Código de Defesa do Consumidor. 5ª. ed. Forense, 1998. p. 119 -grifo nosso]

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY de igual forma afirmam:

"Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6.º VI»), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Echandia, Teoria General de la Prueba Judicial, v. I, n. 126, p. 441). No mesmo sentido: TJSP-RT 706/67; Micheli L onere, 32, 216. A sentença, portanto, é o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. Não antes. V. CDC 6.º VIII" [Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor, 5.ª ed., 2001. p 821 - grifos nossos].

Esta Corte já decidiu neste sentido:

"EMENTA: FURTO QUALIFICADO E RECEPÇÃO QUALIFICADA - RECURSO DE MARIA SILEIA - PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 610 DO CPP - INOCORRÊNCIA - EMISSÃO DE PARECER PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA NA CONDIÇÃO DE FISCAL DA LEI, E NÃO COMO ACUSAÇÃO - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - NÃO RECONHECIMENTO - DOSIMETRIA - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REDUÇÃO PARA PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA CRIMINAL 42 DO TJMG E SÚMULA 231 DO STJ - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PENA IN CONCRETO - PRESCRIÇÃO - LAPSO TEMPORAL DECORRIDO ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA DE OFÍCIO.

- A manifestação do Parquet em segundo grau de jurisdição está prevista no art. 610 do CPP e não acarreta qualquer carga de nulidade ao feito, uma vez que, nessa instância, atua como fiscal da Lei e, não, na condição de órgão acusatório, não havendo que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

- Cabe ao réu a tarefa de trazer a lume os dados que levem à convicção do julgador quanto à aplicação, na hipótese, de excludente de culpabilidade, visto ser princípio inexorável da ciência processual que o ônus da prova cabe a quem alega.

- A existência de atenuantes não pode conduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena para quantidade inferior ao mínimo legal previsto para o tipo penal, o que afrontaria o disposto no art. 59, II, do CP, devendo ser respeitado o princípio da legalidade.

- É caso de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, se transcorrido, entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, lapso temporal superior aos previstos no art. 109 do CP.

- Recurso não provido. Prescrição decretada de ofício. 3276706-95.2006.8.13.0145 (1) [...]" [TJMG- Relator Des. Doorgal Andrada; 4ª CÂMARA CRIMINAL; Data da publicação da súmula 14/05/2014].

AFASTADO SE ENCONTRA DESTA FORMA O ACOLHIMENTO DA SÚPLICA EM COMENTO, MOTIVO PELO QUAL TAMBÉM REJEITO A PRELIMINAR.

A nulidade por ausência de intimação do advogado constituído para a sessão de julgamento deve ser arguida na primeira oportunidade. Na hipótese, aponta o recorrente nulidade ocorrida na sessão julgamento do recurso em sentido estrito apenas nas razões de apelação, operando-se a preclusão temporal, consoante orientação jurisprudencial do STJ, in verbis:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. DEFESA DEFICIENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 523/STF. JULGAMENTO DE APELO MINISTERIAL. PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA PENAL. PREMEDITAÇÃO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA X AGRAVANTE DO CRIME PRATICADO CONTRA CRIANÇA. PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO QUANTO À DOSIMETRIA.

[...] 4. "A nulidade, pela própria ausência de intimação da data de julgamento do recurso não pode ser arguida a qualquer tempo, sujeitando-se à preclusão temporal, nos termos dos artigos 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código de Processo Penal" (HC n. 260.654/PA, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, Dje 29/5/2013) [...] (HC 299.760/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO.

1. A nulidade decorrente da falta de intimação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advogado constituído para a sessão de julgamento é passível de preclusão, quando não arguida na primeira oportunidade que a defesa teve para se manifestar nos autos (HC n. 287.988/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/11/2014).

2. Ainda que se trate de vício surgido com a realização do próprio julgamento em segundo grau, não se exime a parte do manejo de embargos de declaração, a fim de possibilitar a discussão da matéria pelo Tribunal a quo. Precedente.

3. As nulidades em processo penal atendem ao princípio pas de nullité sans grief, preconizado no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual não será declarada a nulidade do ato sem a efetiva comprovação do prejuízo experimentado pela parte.

4. No caso, a defesa, além de não haver impugnado oportunamente a irregularidade da intimação referente à data certa da sessão de julgamento, pois deixou de opor embargos de declaração para tratar do tema na origem, não logrou êxito em comprovar o efetivo prejuízo sofrido pelo paciente.

5. Writ não conhecido (HC 281.149/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 29/06/2015).

No tocante à ilegitimidade ativa do Município querelante para oferecer ação penal privada subsidiária da pública, assim se pronunciou o Tribunal de origem (fls. 3.246/3250):

A defesa suscita ainda em preliminar a ilegitimidade ativa do Município.

Referida tese já foi devidamente analisada e rebatida quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 1.0073.06.023907-3/001 a saber:

"[...] EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INÉRCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - OFERECIMENTO DE QUEIXA-CRIME SUBSIDIÁRIA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 100, §3º, DO CPB. Restando comprovada nos autos a inércia do Ministério Público, possível se torna o oferecimento de queixa-crime subsidiária nos termos do art. 100, §3º, do CPB.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
1.0073.06.023907-3/001 - COMARCA DE BOCAIÚVA -
RECORRENTE(S): MUNICÍPIO GUARACIAMA - RECORRIDO(A)(S):
FRANCISCO ADEVALDO SOARES PRAES EX-PREFEITO MUNICIPAL
DE GUARACIAMA - RELATOR: EXMO. SR. DES. VIEIRA DE BRITO**

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO E RECEBER A QUEIXA.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008.

DES. VIEIRA DE BRITO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo recorrente, o advogado Zédio Pereira Lima Júnior.

O SR. DES. VIEIRA DE BRITO:

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Município de Guaraciama/MG contra a decisão (f.2421) do ilustre Juiz singular que rejeitou a queixa-crime subsidiária oferecida contra Francisco Adevaldo Soares Praes, em virtude de ilegitimidade ativa ad causam.

Sustenta o recorrente às f. 03/08 que a queixa-crime somente foi oferecida diante da inércia do Ministério Público, motivo pelo qual deve ser recebida a mesma e dado prosseguimento ao feito.

Apresentadas contra-razões às f. 87/91, pugna a defesa do ex- prefeito de Guaraciama, Francisco Adevaldo Soares Praes, pela manutenção da r. decisão vergastada.

O Ministério Público de primeira instância apresentou parecer às f. 93/95 pugnando pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça por meio de parecer do

Dr. Tomás de Aquino Resende, opinando pelo improvimento do recurso, (f. 99/103).

EIS O RELATÓRIO.

Revelam os autos que o Município de Guaraciama/MG ofereceu queixa-crime em face do ex-prefeito do município Francisco Adevaldo Soares Praes, conforme se depreende à f. 02/24 dos autos originais, sustentando a infração no disposto no art. 89 da Lei de Licitações e art. 1º, inciso XI do Decreto-lei 201/67.

Compulsando os autos originais, verifica-se que foram acostados pelo município de Guaraciama/MG os documentos de f. 25/2414, tendo o Ministério Público apresentado parecer às f. 2416/2419, pugnando pela rejeição da queixa-crime sob o argumento de que não houve a inércia do órgão ministerial a justificar a aplicação do disposto no art. 100, §3º, do CPB, acostando, ainda, a certidão de f. 24.

A rejeição da queixa-crime pelo Magistrado singular (f.2421) sob o argumento de que o delito em apreço se processa mediante ação penal pública, de titularidade do Ministério Público, ensejou a interposição do presente recurso.

Certo é que a certidão acostada pelo Ministério Público à f. 24 dos autos originais afirma que não houve inércia do órgão, uma vez que este teria requisitado a instauração do competente inquérito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policial diante da provocação da Prefeitura de Guaraciama através do ofício de nº 127/2005.

Este é o documento que ensejou a rejeição da queixa-crime, porquanto configurava prova da ausência de inércia do Ministério Público.

Contudo a referida certidão, datada de 06/04/2006 foi assinada por um oficial do Ministério Público, Paulo Norberto Leal da Silva, o qual atesta ter conversado com o DD. Delegado de Polícia da comarca de Bocaiúva pelo telefone.

Lado outro, foi acostado ao presente recurso certidão posterior, datada de 05/05/2006, emitida pelo escrivão da Delegacia de Polícia da comarca de Bocaiúva, na qual afirma existir apenas um inquérito para apurar possível delito praticado pelo ex-prefeito de Guaraciama, Francisco Adevaldo Soares Praes, mas que não diz respeito ao fato narrado na queixa em comento.

Segundo a certidão de f. 09, o inquérito nº 069/2004, anterior, portanto, ao ofício nº127/2005 remetido pelo município de Guaraciama ao Ministério Público, foi instaurado em razão de requisição do Procurador do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o qual foi acionado pelos advogados do Sr. Azemar Cardoso de Oliveira, o que se comprova pelos documentos acostados às f. 11/78.

Assim, o único inquérito em andamento contra o ex-prefeito de Guaraciama/MG, Francisco Adevaldo Soares Praes, em trâmite na Delegacia de Polícia da comarca de Bocaiúva/MG, não foi instaurado em virtude de requisição do Ministério Público, mas em virtude do ofício encaminhado pelo recorrente.

Diante do exposto, tenho que razão assiste ao recorrente, pois apesar de o delito em questão ser processado mediante ação penal pública de titularidade do Ministério Público, não há provas de que houve efetivamente alguma providência por parte do mesmo, ensejando, portanto, a incidência do disposto no art. 100, §3º, do CPB, ou seja, a possibilidade de oferecimento de queixa-crime subsidiária.

Mediante tais considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a decisão primeva, recebendo a queixa-crime subsidiária ofertada pelo Município de Guaraciama em face de seu ex-prefeito Francisco Adevaldo Soares Praes.

Custas, ex lege.

É como voto.

O SR. DES. HÉLCIO VALENTIM:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO:

VOTO

De acordo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA: DERAM PROVIMENTO E RECEBERAM A QUEIXA. [...]"

Inviável é assim novo exame deste pedido defensivo vez que a matéria em análise já foi decidida por este Tribunal pela via do Recurso em Sentido Estrito.

Não cabe portanto a esta Turma Julgadora decidir questões já examinadas anteriormente porquanto se operou a preclusão consumativa.

Restando desta forma devidamente analisado o pedido defensivo, afastado se encontra o rogo defensivo.

O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento do STJ, segundo o qual, ainda que a questão seja de ordem pública, há preclusão consumativa se esta tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada (AgRg no AREsp 650.737/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 04/03/2016). No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SUPERVIA. LEGITIMIDADE. DECISÃO ANTERIOR. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Havendo decisão anterior declarando a legitimidade do agravante, esta não pode ser alterada em vista da ocorrência da preclusão consumativa, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública.

2. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 369.417/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016).

Ademais, o acolhimento da apontada violação do art. 89, caput, da Lei 8.666/93, esbarra no óbice da Súmula 207/STJ, segundo a qual É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem. Nesse sentido: EDcl no REsp 1582603/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016.

Por fim, quanto à apontada violação dos arts. 59 e 71 do CP, a deficiência de fundamentação recursal inviabiliza a exata compreensão da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula 284 do STF, aplicável por analogia.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial e julgo prejudicado o pedido de antecipação de tutela recursal de fls. 3551/3569.

Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, uma vez que o recorrente não apresentou fundamentos aptos a desconstituir as premissas fáticas e jurídicas nela assentadas.

Ocorre, todavia, no tocante à apontada violação ao art. 89 da Lei 8.666/93, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência de flagrante ilegalidade a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Consta dos autos que o agravante foi condenado pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, à 5 anos de detenção e 16 dias-multa.

O acórdão recorrido assim dispôs (fls. 2.156/2.158):

Registre-se primeiramente que adoto o entendimento de que o delito em tela é de mera conduta, prescindindo de prejuízo ao Erário, tal como quer a defesa.

Basta assim que o agente perpetre a conduta descrita no tipo penal para que seja responsabilizado criminalmente, independentemente de dano ao Erário ou dolo específico.

Comprovado está no feito que o apelante ordenou despesas antes de concluído o processo licitatório às empresas que posteriormente venceram os certames e em outras ocasiões contratou empresas que não venceram os procedimentos licitatórios.

Provou-se além disso que em situações distintas o recorrente contratou, livremente e sem formalidades, empresas para o fornecimento de bens ou prestação de serviços.

Deixou assim o acusado de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade do processo licitatório nos termos do artigo 26 da Lei 8.666/03, resultando portanto em dano ao Erário e lesão ao interesse público, porquanto em tema de licitação o prejuízo não se reduz ao âmbito patrimonial.

O argumento destarte de que a situação estaria dentro dos limites estabelecidos para a dispensa de licitação ad instar do artigo 24 incisos I e II da Lei 8.666/93 é totalmente descabido já que a soma das aquisições realizadas para cada tipo de produto e serviço ultrapassa o teto estabelecido no referido diploma legal in verbis:

"[...]Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...]"

Configura-se portanto o crime em análise quando há dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais ou ausente alguma formalidade pertinente à dispensa ou inexigibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como bem ressaltou a sentença primeva:

"[...] Do prisma de vista subjetivo, é inegável o dolo do acusado, consistente em sua vontade livre e consciente de dispensar, em 23 oportunidades e fora das hipóteses autorizadas pela lei, processo licitatórios para aquisição de pneus e câmaras de ar pelo município de Guaraciama.

O réu, como responsável pela condução das atividades administrativas municipais participou, pessoalmente, de todos os atos ordenadores de pagamento de verbas indevidas a fornecedores. A concordância inequívoca do réu com as irregularidades aludidas é revelada pela subscrição, por parte do réu, de cada uma das notas de empenho acima referidas, o que revela sua conduta voluntária e finalisticamente dirigida à consecução do objetivo colimado. Saliento que as assinaturas em questão forma reconhecidas pelo réu na ocasião de seu interrogatório (fls. 2.761). O réu tinha, ademais, consciência de que não poderia dispensar a realização de processo licitatório no caso em análise, já que contava com assessoria jurídica e contável, conforme confessou em seu interrogatório judicial (fls. 2.761).

Não existe especial fim de agir (segundo a doutrina finalista da ação) ou dolo específico (para a doutrina causalista da ação) no tipo penal em tela [...]" (f. 2.902).

O administrador municipal tem o dever de cumprir fielmente as leis, gerindo de forma correta os interesses públicos.

O apelante não procedendo desta forma ao devido processo administrativo para formalizar as dispensas e inexigibilidades de licitação não só descumpriu a lei de Licitações como também incorreu em ilícito penal.

Trata-se portanto a infração ao delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 de crime de mera conduta, afastando-se a necessidade de prova de dano ao erário para configuração do tipo.

A jurisprudência do STJ é neste sentido:

" ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECIFICO POR PARTE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. 2. Para a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993. é dispensável a comprovação de que teria ocorrido prejuízo ao erário, sendo suficiente a ocorrência de dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, consoante a reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que lambem afasta a necessidade de dolo específico para que o crime se configure. Precedentes." [STJ, AgRg no REsp 1084961/RS, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2008/0190262-0, Ministro JORGE MUSSI, DJe 28/05/2012].

"HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART 89, DA LEI Nº 8.666/93. COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes.

2. Na hipótese, o paciente, no exercício do cargo de Vice-Prefeito, teria jrmado, verbalmente, contrato com empresa de terraplanagem, sem a prévia realização de licitação.

3. De se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial.

4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também através de revisão criminal. Chegar-se à conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita. 5. Ordem denegada]" (STJ, HABEAS CORPUS 171.152 - SP (2010/0079761-0), RELATOR MINISTRO OG FERNANDES).

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DA INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

1. O crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, onde não se exige dolo específico de fraudar o erário ou efetivo prejuízo à administração pública, bastando para sua configuração que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Precedentes.

2. Ademais, absolver o Paciente reconhecendo a atipicidade da conduta por falta de dolo ultrapassa os limites do writ, pois depende; inexoravelmente, de amplo procedimento probatório e reflexivo, para que se possa concluir, com certeza, acerca da prática da infração delitiva.

3. Ordem denegada." [HC 122 011/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010].

Afastada se encontra a absolvição pretendida, devendo ser mantida a condenação do apelante nas sanções do artigo 89 da Lei 8.666/93.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sentença, mantida pela Corte, decidiu que *a infração ao delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 de crime de mera conduta, afastando-se a necessidade de prova de dano ao erário para configuração do tipo* (fls. 3257/3260).

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais – art. 89 da Lei n. 8.666/93 –, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E O ACÓRDÃO PARADIGMA. NÃO CONHECIMENTO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. PREJUÍZO ADEQUADAMENTE DESCRITO NO ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRIBUNAL A QUO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

III - É cediço que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dessa Corte firmaram o entendimento no sentido de que se exige a demonstração de efetivo prejuízo ao erário para configuração do crime previsto no art. 89, da Lei n. 8.666/93 (Precedentes).

IV - Contudo, a despeito de reconhecer a conduta do art. 89, da Lei n. 8.666/93 como crime de mera conduta, o que não mais se coaduna com a interpretação jurisprudencial predominante, o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apontou expressamente diversas irregularidades aptas a causar prejuízo ao erário do Município de Uruguai/RS, tudo a indicar o dolo de se beneficiar de dispensa irregular de licitação e se locupletar do erário público, o que justifica a manutenção da condenação imposta.

Agravo regimental desprovido (AgRg nos EAREsp 92.923/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/05/2015, DJe 25/05/2015).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/1993. PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Corte Especial do STJ decidiu, nos autos da APn. n. 480/MG, que '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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.' (Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15/6/2012)

2. Malgrado haja sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o dolo específico de lesar o erário, não há comprovação do alegado prejuízo, especialmente porque, segundo consta, houve a efetiva prestação do serviço de transporte de passageiro pela empresa do ora paciente.

3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo ora paciente e anular, ab initio, o processo movido contra o paciente (HC 254.944/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015).

Deve, portanto, ser reconhecida a atipicidade da conduta do recorrente, uma vez que a configuração do delito em questão impõe a presença do elemento subjetivo específico e da ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo ao erário.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental e conceder *habeas corpus* de ofício para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0050637-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no**
REsp 1.582.669 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02390732620068130073 10073060239073004

EM MESA

JULGADO: 30/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRANCISCO ADEVALDO SOARES PRAES
ADVOGADOS : FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(S) - DF031442
MARILDA DE PAULA SILVEIRA - DF033954
AUGUSTO MARIO CALDEIRA PAULINO - MG023135N
RAPHAEL ROCHA DE SOUZA MAIA - DF052820
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FRANCISCO ADEVALDO SOARES PRAES
ADVOGADO : AUGUSTO MARIO CALDEIRA PAULINO - MG023135N
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 e concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.