



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.302 - TO (2016/0338185-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO
ADVOGADO : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO - TO006992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : DIORDIO ALEXANDER BANDEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/1993, ART. 90). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO. TIPICIDADE DO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. EXISTÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. INTENÇÃO DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO LICITADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte é segura no sentido que a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa e inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente. Desse modo, não é possível apreciar os citados capítulos.

3. Cumpre esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso.

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

5. Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, *caput*), haja vista ser dominante do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário. Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a efetiva adjudicação do objeto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito ativo é o agente público.

6. Os crimes do *caput* e do parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, visto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. Diversa é a situação do crime do art. 90 da referida Lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89. Por conseguinte, o dolo específico exigido para o crime do art. 90 é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como prescreve a jurisprudência para o crime do art. 89, ambos, como se afirmou, da Lei n. 8.666/1993.

7. No caso concreto, houve inadequação da modalidade licitatória convite, haja vista a superação do limite imposto pelo art. 23, I, "a", da Lei n. 8.666/1993. Outrossim, além de utilizar-se indevidamente de modalidade cuja competitividade é mais restrita, dentre os três participantes convidados, constavam o paciente e seu pai, que apresentavam sociedades empresárias formalmente distintas, malgrado utilizassem o mesmo nome fantasia "Mundo dos Ferros". Analisando o arcabouço fático correlato, as instâncias ordinárias concluíram pela existência de ajuste e combinação fraudulenta apta a frustrar o caráter competitivo da licitação, conclusão esta que não pode ser alterada nesta via restrita do *habeas corpus*, sob pena de indevido revolvimento fático probatório. Por fim, o dolo específico do tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 restou demonstrado, pois patente a intenção de obter para outrem, o pai do paciente, a adjudicação do objeto licitado, o que efetivamente ocorreu no caso, alcançando o exaurimento do crime.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Brasília (DF), 1º de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.302 - TO (2016/0338185-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO
ADVOGADO : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO - TO006992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : DIORDIO ALEXANDER BANDEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de **DIORDIO ALEXANDER BANDEIRA**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Consta dos autos que o paciente e o corréu Valtercides Elias Costa foram condenados, o primeiro, às penas de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto e 10 dias-multa, pelo crime descrito no art. 90, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e, o segundo, à pena de 6 (seis) anos de detenção, em regime semiaberto, pela prática delitiva inserta nos arts. 90, *caput* (por duas vezes) e 92, *caput*, ambos da Lei n. 8.666/1993, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em suas razões recursais perante o Tribunal *a quo*, pediu DIORDIO a absolvição por atipicidade da conduta retratada na ausência de prova do dolo específico, representado pela vontade livre e consciente de, mediante conluio entre os participantes, frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de lesar o erário em proveito próprio ou alheio, conforme dispõe o art. 90, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Argumentou que as provas documentais produzidas não são hábeis a demonstrar a prática ilícita, sendo que o objeto da licitação e o contrato foi no valor de R\$ 14.712,05 (quatorze mil, setecentos e doze reais e cinco centavos), e que os objetos adquiridos foram devidamente entregues, revelando-se, inclusive, o resultado da licitação mais vantajoso à Administração. Sustentou que não havia óbice para que empresas que constituíssem um grupo econômico participassem do mesmo processo licitatório, seja qual fosse a modalidade escolhida pelo Poder Público. Acrescentou que as empresas em que pai e filho figuravam como sócios eram distintas, pois possuíam administração e quadro societário distintos, sediadas em cidades diversas, já que uma era na cidade de Araguaína e outra na cidade de Palmas. Por fim, invocou a aplicação do princípio da presunção de inocência e ressaltou a inocorrência de vantagem econômica, visto que sua empresa não venceu o processo licitatório, não tendo, portanto, frustrado o caráter competitivo da licitação.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação, nos termos da ementa do seguinte julgado:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FRAUDE A LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO INDEVIDA DO CERTAME. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS PELA PALAVRA DAS TESTEMUNHAS E PELA PROVA DOCUMENTAL CARREADA AOS AUTOS. DOSIMETRIA DA PENA. CORRETA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS.

1. Demonstrada a fraude do procedimento licitatório, que implicava na escolha de proposta previamente direcionada ou acima do valor de mercado do bem ou serviço, de rigor a manutenção do decreto condenatório.

2. Ademais, prorrogado indevidamente o contrato firmado entre as partes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em flagrante prejuízo ao Erário, não há que se falar em reforma da r. sentença.

3. Por fim, restado devidamente valorada as circunstâncias judiciais e regime inicial de cumprimento de pena, de rigor sua manutenção.

4. Recursos defensivos IMPROVIDOS”. (e-STJ, fl. 87).

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, à unanimidade, conheceu e rejeitou os embargos de declaração, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. NÃO EXISTÊNCIA DE QUALQUER OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Com base legal nos Artigo 619, do Código de Processo Penal, somente terá cabimento os embargos de declaração quando houver omissão, contradição ou obscuridade da decisão questionada.

2. Conduto, conforme se extrai do v. acórdão e voto condutor, os pontos considerados omissos ou contraditórios pela parte foram devidamente analisados, demonstrando-se apenas contrários aos interesses da parte.

3. Embargos REJEITADOS”. (e-STJ, fl. 95)

Neste *writ*, alega, em suma, o impetrante que “não há justa causa à deflagração da ação penal quando o caderno indiciário não logra a obtenção de indícios mínimos acerca do envolvimento do paciente na conduta em que o *Parquet* lhe imputa”. (e-STJ Fl. 4). Aduz que “é pacífico o entendimento do STJ, quando não existe danos ao erário, não há que se falar em ação penal, pois se não houve danos, não houve dolo específico de se aproveitar do dinheiro público por meio de certame licitatório, merecendo assim que a ação penal combatida seja trancada, pois trata-se de extremo erro do judiciário do Tocantins, e está causando ao paciente, constrangimento ilegal” (e-STJ, fl.4). Aponta que, “para que a inicial acusatória possa ser recebida e para que seja defensável, é preciso que o *Parquet*, individualize a conduta do acusado, para que assim, possa ser dado a ampla defesa e contraditório ao Réu” (e-STJ, fl. 8). Defende que “a jurisprudência do STJ, é pacífica, que se não houve danos ao erário não há que se falar, em responsabilidade cível ou criminal, a lei de licitação existe para a proteção do dinheiro público, onde impõe regras, com intuito de trazer economia na construção de obras públicas” (e-STJ, fl. 8). Conclui que “não restou demonstrado pelo órgão ministerial o ajuste de vontade entre o paciente e os outros réus, portanto, é uma injustiça o prosseguimento da presente ação penal, ainda mais, ser condenado pela mesma” (e-STJ, fl. 11).

Postula, assim, a concessão da ordem, para que seja trancado processo penal de autos n. 5013488.23.2012.827.2706, absolvendo o paciente, pelo fundamento de atipicidade formal da conduta.

Não há requerimento de tutela provisória (e-STJ, fl. 62).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 202-214).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.302 - TO (2016/0338185-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO
ADVOGADO : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO - TO006992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : DIORDIO ALEXANDER BANDEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/1993, ART. 90). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO. TIPICIDADE DO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. EXISTÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. INTENÇÃO DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO LICITADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte é segura no sentido que a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa e inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente. Desse modo, não é possível apreciar os citados capítulos.

3. Cumpre esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso.

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

5. Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, *caput*), haja vista ser dominante do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário. Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a efetiva adjudicação do objeto ao autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ativo é o agente público.

6. Os crimes do *caput* e do parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, visto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. Diversa é a situação do crime do art. 90 da referida Lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89. Por conseguinte, o dolo específico exigido para o crime do art. 90 é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como prescreve a jurisprudência para o crime do art. 89, ambos, como se afirmou, da Lei n. 8.666/1993.

7. No caso concreto, houve inadequação da modalidade licitatória convite, haja vista a superação do limite imposto pelo art. 23, I, "a", da Lei n. 8.666/1993. Outrossim, além de utilizar-se indevidamente de modalidade cuja competitividade é mais restrita, dentre os três participantes convidados, constavam o paciente e seu pai, que apresentavam sociedades empresárias formalmente distintas, malgrado utilizassem o mesmo nome fantasia "Mundo dos Ferros". Analisando o arcabouço fático correlato, as instâncias ordinárias concluíram pela existência de ajuste e combinação fraudulenta apta a frustrar o caráter competitivo da licitação, conclusão esta que não pode ser alterada nesta via restrita do *habeas corpus*, sob pena de indevido revolvimento fático probatório. Por fim, o dolo específico do tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 restou demonstrado, pois patente a intenção de obter para outrem, o pai do paciente, a adjudicação do objeto licitado, o que efetivamente ocorreu no caso, alcançando o exaurimento do crime.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

O paciente é réu em ação penal com fins a perquirir a imputação da prática do crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, tendo sido condenado pelas instâncias ordinárias. Por conseguinte, infere-se que a impetração deu-se em face do acórdão do Tribunal *a quo*, motivo pelo qual não há falar no óbice da Súmula 691 do STF.

Em síntese, o impetrante alega ausência de justa causa para deflagração da ação penal e a atipicidade da conduta, por não se demonstrar o dolo específico da conduta, bem como o prejuízo ao erário decorrente desta conduta.

A jurisprudência desta Corte é segura no sentido que a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal, sob a alegação de falta de justa causa e de inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente. Desse modo, não é possível apreciar os citados capítulos.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PREJUDICADO EM RAZÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA POSTERIOR. PRECEDENTES. TESE DE AUSÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS E DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA PARA A PRISÃO CAUTELAR. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. Precedentes do STF e STJ.

3. No caso, a medida constritiva da liberdade foi mantida pelo Tribunal impetrado em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pela gravidade das circunstâncias do crime (roubo em que o comparsa atirou contra a vítima e empreendeu fuga), mostrando-se, dessa forma, necessária a medida para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. O pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa ficou superado pela prolação da sentença condenatória.

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 371.680/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017)

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICADO.

1. A superveniência de sentença condenatória, na linha da orientação firmada nesta Corte, torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa, haja vista que o novo exame da quaestio pelo Juízo de primeiro grau se dá de forma significativamente mais aprofundada.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no RHC 53.455/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 21/03/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao capítulo da atipicidade da conduta imputada, confira-se o teor do acórdão condenatório:

"Novamente o dolo se demonstra pela iniciativa de dano ao erário através de procedimento irregular.

Assim, de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Quanto ao segundo delito imputado ao recorrente Valtercides, este também se refere ao segundo apelante, Diordio, razão pela qual serão tratados os recursos conjuntamente neste ponto.

O delito aqui apurado assim resta tipificado:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Quanto a este procedimento licitatório, inicialmente se constata a irregularidade da escolha de modalidade para o mesmo.

O Edital inicialmente previu orçamento global do projeto em R\$ 153.895,03, devendo ser adotada a modalidade de tomada de preços ou de procedimento de maior complexidade. Contudo fora realizada na modalidade de carta convite.

O fato de, posteriormente, ter resultado em contratações no valor de R\$ 139.702,70, não invalida o fato de que o procedimento fora inaugurado pela estimativa maior, devendo obedecer as regras dali resultantes ou, conforme a necessidade, alterar-se o Edital nas hipóteses legais previstas. Nestes termos, segue o Artigo 23, § 2º, da Lei 8666/93:

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Outra informação peculiar é a de que pai e filho (Albanyr e Diordio) foram convidados no procedimento licitatório viciado a apresentarem propostas.

Conforme bem ponderado pelo nobre Magistrado, o convite feito a essas duas empresas permitiu a manipulação das propostas que da forma apresentada frustrou a competitividade do procedimento licitatório.

[...]

Assim, a participação dos recorrentes em procedimento que fraudou a livre concorrência e, em manifesto prejuízo ao Erário, é suficiente para embasar o decreto condenatório.

Ademais, há que se ressaltar que o prejuízo, nestes casos, poderá existir, mesmo que sem mensuração de valores, pois tendencionou que determinada empresa vencesse o procedimento. Assim, mesmo que o serviço tenha sido prestado ou os materiais entregues, o vício do procedimento macula sua lisura, advindo daí o dano ao Erário.

Há ainda que se ressaltar que a legislação pertinente prevê condenação mesmo na hipótese do benefício ter sido destinado a terceiro." (fls. 83-86)

Cumpra esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observa neste caso. (RHC 79.449/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2017; RHC 76.937/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/02/2017; RHC 46.299/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 9/3/2015; HC 294.833/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015; STF: RHC 125787 AgR, Relator Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 31/7/2015; HC 108168, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/9/2014).

Confira-se o teor do tipo penal do crime da Lei n. 8.666/1993 em análise:

"Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."

O crime do art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, *caput*), haja vista ser a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário.

Confira-se:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. *BIS IN IDEM*. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, não é absoluto, comportando as exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil (hoje revogado), aplicável ao processo penal pela via do art. 3º do CPP. 2. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 3. Ocorrendo modificação da competência em razão da aquisição ou perda superveniente de foro por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prerrogativa de função por parte do acusado, o juízo declinado recebe o processo no estado em que se encontrar. Os atos processuais praticados no juízo declinante, se competente quando o foram, prescindem de ratificação ou renovação no juízo declinado, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*. 4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, 'licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes'. Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. 5. Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. 6. Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa. 7. A posterior inserção de conteúdo não aprovado pela Câmara de Vereadores em texto de Lei Municipal, pelo prefeito municipal, com a finalidade de autorizar a utilização de créditos excepcionais não contemplados no texto originalmente aprovado, configura o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal. Dolo configurado. 8. Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 9. O fato de a falsificação recair sobre ato legislativo é revelador de alto grau de censurabilidade, a se refletir na dosimetria da pena. 10. Configura bis in idem valorar negativamente o fato de ser o apelante Prefeito Municipal, quando da fixação da pena-base, bem como para enquadramento da conduta prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal. 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena." (AP 971, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016 - Grifou-se)

"INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO COM RELAÇÃO AOS DENUNCIADOS NÃO DETENTORES DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECEDENTES. PROSEGUIMENTO NESTA INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A EX-PREFEITO MUNICIPAL, HOJE DEPUTADO FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI 8.666/1993). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBJETIVO. DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/1967). REALIZAÇÃO DE DESPESA EM DESACORDO COM AS NORMAS FINANCEIRAS PERTINENTES (ART. 1º, V, DO DECRETO-LEI 201/1967). FALTA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE DELITIVA. 1. Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso (INQ 3.515 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014), ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento (AP 853, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22.5.2014), o que não ocorre no caso. Deferimento do desmembramento do processo quanto aos não detentores de foro por prerrogativa de função. 2. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, os fatos em tese delituosos e as condutas do agente, com as devidas circunstâncias, narrando clara e precisamente a imputação, segundo o contexto em que inserida. Rejeição da preliminar em questão. 3. **Esta Corte tem decidido que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do 'elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida'** (INQ 2.688, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015). 4. Na hipótese dos autos, embora a acusação afirme a ocorrência de sobrepreço nos serviços prestados pela empresa contratada por meio de inexigibilidade de licitação, alegando desvio de rendas por parte do acusado (art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967), não se apontam, na denúncia, indícios consistentes que sustentem essas conclusões. 5. Da mesma forma, da documentação que acompanha a peça acusatória não se extraem indícios que permitam a imputação, ao acusado, da conduta tipificada no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/1967, porque não foi ele o responsável pelo empenho que teria sido emitido após a realização da respectiva despesa. 6. Denúncia rejeitada quanto ao denunciado detentor de foro privilegiado, enviando-se os autos ao primeiro grau para análise com relação aos demais." (Inq 4104, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-259 DIVULG 05-12-2016 PUBLIC 06-12-2016 - Grifou-se)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENAIAS CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. ART. 102, I, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIMES DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93). VICE-PREFEITO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA ATRAÍDA PELA MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. INÉPCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AFERIÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO DOLO ESPECÍFICO DO PACIENTE DE LESAR OS COFRES PÚBLICOS E OBTER VANTAGEM ILÍCITA. EXAME DA REGULARIDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSOS DESPROVIDOS. [...]. **8. O entendimento fixado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais para a contratação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA e Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro LUIZ FUX. [...]**". (RE 696533 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 23-09-2016 PUBLIC 26-09-2016)

Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a efetiva adjudicação do objeto ao autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito ativo é o agente público.

Os crimes do *caput* e parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, posto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. Diversa é a situação do crime do art. 90 dessa mesma lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89 da referida Lei. Por conseguinte, o dolo exigido específico exigido para o crime do art. 90 da Lei de Licitações é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como exige a jurisprudência para o crime do art. 89 da supracitada lei.

Nesse sentido, quanto ao tipo subjetivo do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, válidos são os apontamentos de BALTAZAR JÚNIOR, segundo o qual *"é o dolo, acompanhado de finalidade específica de obter, para si ou para terceiro, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação. Não há forma culposa"* (JUNIOR BALTAZAR, José Paulo. Crimes Federais 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 893).

Nesse sentido decidiu esta Quinta Turma:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93, EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO EM ALGUMAS DAS CONDUTAS IMPUTADAS AO ACUSADO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO A ESSES CRIMES QUE SE IMPÕE, SEM REFLEXOS NO AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA CONTINUIDADE DELITIVA. DIMINUIÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA DE MULTA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES Nos 282 E 356 DA SUPREMA CORTE.

I. A ausência do dolo específico, consistente no especial fim de "obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação", enseja, *in casu*, a absolvição pela prática do art. 90 da Lei 8.666/93 em algumas das condutas praticadas em continuidade delitiva.

II. Na hipótese vertente, a remanescência de 9 (nove) outras condutas ilícitas autoriza a manutenção do aumento de pena, pela continuidade delitiva, no patamar de 2/3 (dois terços).

III. A ausência de prequestionamento é óbice ao exame da matéria pela Corte Superior, a teor das Súmulas 282 e 356/STF.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 185.188/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015)

No caso concreto, houve inadequação da modalidade licitatória convite, haja vista a superação do limite imposto pelo art. 23, I, "a", da Lei n. 8.666/1993. Outrossim, além de utilizar-se indevidamente de modalidade cuja competitividade é mais restrita, dentre os três participantes convidados, constavam o paciente e seu pai, que apresentavam sociedades empresárias formalmente distintas, malgrado utilizassem o mesmo nome fantasia "Mundo dos Ferros". Analisando o arcabouço fático correlato, as instâncias ordinárias concluíram pela existência de ajuste e de combinação fraudulenta apta a frustrar o caráter competitivo da licitação, conclusão esta que não pode ser alterada nesta via restrita do *habeas corpus*, sob pena de indevido revolvimento fático probatório. Por fim, o dolo específico do tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 restou demonstrado, pois patente a intenção de obter para outrem, o pai do paciente, a adjudicação do objeto licitado, o que efetivamente ocorreu no caso, alcançando o exaurimento do crime.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0338185-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 384.302 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087573420158270000 501348820128272706 87573420158270000

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO
ADVOGADO : MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO - TO006992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : DIORDIO ALEXANDER BANDEIRA
CORRÉU : ALBANYR BANDEIRA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. MAURICIO ARAUJO DA SILVA NETO (P/PACTE) E
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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.