



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.332.501 - SP (2018/0181553-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ELIEL CARDOSO SANTIAGO**
ADVOGADO : **JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP260164**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. 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. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento 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.

2. No caso dos autos, constata-se que a par de o acusado haver sido denunciado simplesmente por ser o Prefeito do Município à época dos fatos, sem que o Ministério Público tenha indicado de que forma teria contribuído ou anuído para a prática criminosa, não há, na peça vestibular em testilha, a indicação do seu dolo específico e da ocorrência de danos aos cofres públicos, o que revela a inaptidão da exordial contra ele ofertada.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.332.501 - SP (2018/0181553-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ELIEL CARDOSO SANTIAGO
ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP260164
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão (e-STJ, fls. 2296/2298), que conheceu do agravo em recurso especial para dar provimento ao recurso especial a fim de absolver o agravado da imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

Consta dos autos que o agravado foi condenado, em primeira instância, como incurso nos artigos 89 e 90, ambos da Lei 8.666/93, este último c/c o artigo 29, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, às penas de 3 anos de detenção e 10 dias-multa, e de 2 anos de detenção e 10 dias-multa, resultando a soma em 5 anos de detenção, no regime inicial semiaberto e pagamento de 20 dias-multa.

Em seguida, o eg. Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, deu parcial provimento ao reclamo para reconhecer a prescrição punitiva retroativa quanto ao delito do artigo 90 da Lei 8.666/93 e, em relação ao delito do artigo 89, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

A defesa interpôs Recurso Especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, objetivando a reforma do v. acórdão, que, de acordo com os argumentos apresentados, estaria em dissonância com o entendimento firmado nesta Corte. O recurso não foi admitido na origem, mas o agravo foi conhecido e o apelo provido, absolvendo-se o réu da imputação.

Neste regimental, o *parquet* federal sustenta que, ao contrário do que foi consignado na decisão agravada, não é necessária a demonstração de prejuízo efetivo ao erário, para efeito de caracterização do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93.

Argumenta, ademais, que numa perspectiva sistêmica do ordenamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurídico, notadamente no âmbito do direito sancionador, também não há de ser exigível a demonstração de prejuízo efetivo ao erário, para efeito de caracterização do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93, ali estando pressuposto o dano *in re ipsa*, em razão da frustração da possibilidade de contratação de proposta mais vantajosa para a Administração, em certame licitatório.

Requer a reconsideração da decisão agravada, ou, em assim não entendendo, que o presente agravo regimental seja submetido ao Colegiado, para que seja provido a fim de que seja provido o recurso especial e restabelecida a condenação do agravado fixada em primeira instância.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.332.501 - SP (2018/0181553-9)

VOTO

O EXMO. SENHOR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Em que pesem as razões recursais, o recurso não comporta provimento.

Como se sabe, ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que para a sua configuração é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. (...) 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. (...)

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.

(AgInt no REsp 1582669/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta.

2. No presente caso, não tendo sido demonstrados o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a conduta do acusado, como exigido pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a absolvição pela prática delituosa prevista no art. 89 da Lei de Licitações é medida que se impõe.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 975.652/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

Assim, constata-se que a par de o acusado haver sido denunciado por ser o Prefeito do Município à época dos fatos, sem que o Ministério Público tenha indicado de que forma teria contribuído ou anuído para a prática criminosa, não há, na peça vestibular em testilha, a indicação do seu dolo específico e da ocorrência de danos aos cofres públicos, o que revela a inaptidão da exordial contra ele ofertada, consoante vem decidindo este Sodalício, a exemplo dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. (...) MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO ESPECÍFICO DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO. DENÚNCIA QUE APENAS AFIRMA QUE OS PACIENTES EMITIRAM PARECER NO PROCEDIMENTO QUE CULMINOU NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL RECONHECIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

3. Não obstante a ausência de disposição legal expressa, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei 8.666/1993 exige "o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica - INQ 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014" (AP 683/MA, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 06/3/2017). Dessa forma, a denúncia deve especificar, ao menos de forma sucinta, atos ou circunstâncias concretas que denotem a intenção dos agentes em elidir o procedimento licitatório em prejuízo do erário.

4. Hipótese em que a exordial acusatória, embora descreva a sucessão de atos que culminaram na dispensa de licitação, no que toca aos pacientes, apenas aponta que eles emitiram pareceres na qualidade de Procurador-Geral e Consultor Jurídico municipal, sem nenhuma circunstância que os vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo, revelando-se inepta a denúncia.

5. Em denúncia similar à presente, em outra ação penal proposta contra os mesmos pacientes, decorrente de outro contrato com suposta dispensa irregular de licitação, a Sexta Turma desta Corte determinou o trancamento da ação por inépcia da denúncia (HC 377.430/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 19/12/2016).

6. Ordem de habeas corpus concedida para cassar a decisão que recebeu a denúncia, apenas em relação aos pacientes, ante o reconhecimento da inépcia da inicial acusatória, sem prejuízo de que outra seja apresentada em obediência à lei processual.

(HC 377.453/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. 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. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 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.

3. O Ministério Público estadual, ao elaborar a denúncia, e o Tribunal a quo, recebendo-a, contrariaram entendimento jurisprudencial consolidado, porquanto a imputação apenas concluiu pela existência do dolo geral, ou seja, a vontade consciente de executar a conduta típica de dispensa ilegal do procedimento licitatório, consistente na inobservância das formalidades legais de dispensa de licitação para celebração de contrato de locação de imóvel de propriedade do casal EIDER PENA PESTANA e EDNA AUZIER, hoje deputada estadual. Entrementes, não se demonstrou a existência de dolo específico em causar prejuízo ao erário dos coautores e partícipes, dentre eles da paciente, então Subprocuradora da Assembléia Legislativa do Estado do Amapá, cuja conduta imputada foi a concessão de parecer favorável à contratação direta. Outrossim, ausente qualquer mensuração de eventual dano patrimonial à Administração Pública, em razão da ausência de competitividade da locação, o que poderia ser facilmente demonstrado se acostado o parâmetro do preço médio dos alugueres de imóveis congêneres, no período da contratação. Por conseguinte, diante da ausência dos elementos típicos exigidos jurisprudencialmente, de rigor é o trancamento do processo penal por patente atipicidade formal da conduta narrada, ressaltando-se a possibilidade de nova denúncia, caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sejam minimamente demonstrados os novos fatos, pertinentes às elementares faltantes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento do processo penal de autos n. 0000547-65.2012.8.03.0000, apenas no que se refere à perseguição do crime do art. 89 da Lei 8.666/93. (HC 369.019/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, cumprindo ao Parquet imputar não apenas a contratação indevida, mas também o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário. Precedentes.

2. No caso, o órgão ministerial ao apresentar a denúncia, embora tenha registrado que prefeito do município, sem a instauração de procedimento licitatório, teria contratado, com base em parecer elaborado pelo então advogado da municipalidade, serviços de assessoria jurídica de outro profissional da área, deixou de descrever o efetivo prejuízo ao erário decorrente dessa conduta. Não há na peça vestibular nenhuma menção à ocorrência de danos aos cofres públicos decorrentes da dispensa de licitação. Assim, a exordial acusatória não é apta a deflagrar a ação penal em questão.

3. Ordem concedida para reconhecer a inépcia formal da denúncia. (HC 343.715/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0181553-9

AgRg no
AREsp 1.332.501 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0009315-72.2010.8.26.0270 00093157220108260270 0030000 270.01.2010.009315
270012010009315 27001201000931510 28/2010 282010 30000 93157220108260270
RI003PFGN0000

EM MESA

JULGADO: 06/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ELIEL CARDOSO SANTIAGO
ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP260164
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MARCOS PAULO CARDOSO GUIMARAES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ELIEL CARDOSO SANTIAGO
ADVOGADO : JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP260164
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.