



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.660 - PE (2012/0159301-1)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : GRACIANO DE LIRA ROCHA
ADVOGADO : CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE, EM REGRA. EXCEPCIONALIDADE CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E NÃO COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRIDO NO DELITO EM REFERÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, em sede *habeas corpus*, somente deve ocorrer excepcionalmente, quando for possível verificar, de plano, a atipicidade da conduta, ou a existência de causa extintiva de punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de participação do acusado no cometimento do delito.

2. O fato típico previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, exige o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como a comprovação da ocorrência do efetivo prejuízo ao erário, não estando nenhuma das hipóteses referidas consubstanciadas nos autos, podendo a conduta imputada ao recorrido ser, de plano, considerada materialmente atípica.

3. Outrossim, inexistem elementos demonstrativos da sua participação no delito em tela, não sendo suficiente, para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, a elaboração de mero rascunho de parecer pelo assessor jurídico do órgão público - que sequer foi juntado aos autos -, opinando pela inexigibilidade de licitação.

4. O documento jurídico juntado aos autos foi subscrito exclusivamente pela Presidente da Comissão de Licitação, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não faz sequer referência ao rascunho elaborado pelo assessor jurídico, tendo aquela, ao autorizar a contratação direta pelo órgão público, atuado por sua própria conta e risco.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas lhe negar provimento.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 09 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.660 - PE (2012/0159301-1)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : GRACIANO DE LIRA ROCHA
ADVOGADO : CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

Cuida-se de recurso especial, interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão, da lavra do e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

HABEAS CORPUS. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. ASSESSOR JURÍDICO. CONCESSÃO.

I - Para o fim de caracterizar o cometimento, em tese, do delito do art. 89 da Lei n. 8.666/93, a denúncia narra que o paciente, na qualidade de assessor jurídico de Executivo municipal, emitiu 'ilegal parecer' no sentido da inexigibilidade de licitação, quanto, de conformidade com o informe prestado pelo juízo federal, aquele não emitiu nenhum parecer. Demais de não constar da descrição fática consignada na denúncia, a circunstância de que o paciente teria elaborado 'rascunho' de parecer, o qual foi, após sua digitação, firmado pela servidora presidente da comissão de licitação, não foi determinante para a inexigibilidade, pois a mencionada agente pública, que não invocou a existência de coação, estava inteiramente livre para optar pela inexigibilidade.

II - Ordem deferida. Trancamento da ação penal quanto ao paciente.

Extraí-se dos autos que o ora recorrido foi denunciado, juntamente com outros acusados, pela prática do crime previsto no art. 89, caput, da Lei n. 8.666/93 ("*dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*"), porquanto, na condição de assessor jurídico do Poder Executivo Municipal, teria elaborado, em contrariedade à lei, minuta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de parecer no sentido de inexigibilidade de licitação, adotada pela Presidente da Comissão de licitação, frustrando o caráter competitivo do certame.

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a colenda Turma julgadora deferiu a ordem, para o fim de trancar a ação penal, com base nos seguintes fundamentos: a) o denunciado, na realidade, não emitiu nenhum parecer; e b) ademais, ainda que o denunciado tenha elaborado um rascunho de parecer, esse não vinculou a Presidente da comissão de licitação a optar pela inexigibilidade.

No presente recurso especial, o Ministério Público pernambucano alega negativa de vigência do art. 29 do Código Penal, porque o recorrido, ao prestar auxílio material aos membros da comissão de licitação, mesmo mediante o fornecimento de "rascunho", concorreu para a prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93. Desse modo, tendo o direito brasileiro adotado a teoria unitária ou monista, deve-se aplicar a mesma norma penal a todos que participam do crime, dispensando-se tratamento igualitário a qualquer dos agentes, sejam autores ou partícipes.

Ainda segundo o apelo nobre, o acórdão recorrido, ao determinar o trancamento da ação penal, antecipou indevidamente o juízo de mérito da ação penal, ferindo o princípio do *in dubio pro societate* (art. 396 do Código de Processo Penal), pois é sabido que o juízo de recebimento da inicial é perfunctório, havendo fase própria para a absolvição sumária, nos termos do art. 397 do CPP.

Por fim, sustenta o *parquet* que o trancamento de ação penal, na via de *habeas corpus* - que não desponta como recurso, tampouco como sucedâneo recursal -, é medida excepcionalíssima, somente se justificando quando se constatar, fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva de punibilidade ou ausência de indícios de autoria, requisitos não existentes na espécie.

Postula, por fim, a cassação do acórdão impugnado, para que seja determinado o prosseguimento da ação penal.

O recorrido, intimado, apresentou contrarrazões ao recurso especial, postulando o improvimento.

A c. Vice-Presidência do e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitiu o apelo nobre.

Anota-se, por fim, o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, no sentido do desprovimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.660 - PE (2012/0159301-1)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : GRACIANO DE LIRA ROCHA
ADVOGADO : CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE, EM REGRA. EXCEPCIONALIDADE CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E NÃO COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRIDO NO DELITO EM REFERÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, em sede *habeas corpus*, somente deve ocorrer excepcionalmente, quando for possível verificar, de plano, a atipicidade da conduta, ou a existência de causa extintiva de punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de participação do acusado no cometimento do delito.

2. O fato típico previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, exige o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como a comprovação da ocorrência do efetivo prejuízo ao erário, não estando nenhuma das hipóteses referidas consubstanciadas nos autos, podendo a conduta imputada ao recorrido ser, de plano, considerada materialmente atípica.

3. Outrossim, inexistem elementos demonstrativos da sua participação no delito em tela, não sendo suficiente, para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, a elaboração de mero rascunho de parecer pelo assessor jurídico do órgão público - que sequer foi juntado aos autos -, opinando pela inexigibilidade de licitação.

4. O documento jurídico juntado aos autos foi subscrito exclusivamente pela Presidente da Comissão de Licitação, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não faz sequer referência ao rascunho elaborado pelo assessor jurídico, tendo aquela, ao autorizar a contratação direta pelo órgão público, atuado por sua própria conta e risco.

5. Recurso especial improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.660 - PE (2012/0159301-1)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : GRACIANO DE LIRA ROCHA
ADVOGADO : CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

Cinge-se o presente recurso especial a analisar se o acórdão estadual, ao determinar, em sede de *habeas corpus*, o trancamento da ação penal em face do recorrido, violou ou não a legislação infraconstitucional (arts. 29 do Código Penal, 89 da Lei n. 8.666/93, 396 e 397 do Código de Processo Penal).

Na realidade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, em sede *habeas corpus*, somente deve ocorrer quando for possível verificar, de plano, sem a necessidade de valoração do acervo fático ou probatório dos autos, que: a) trata-se de imputação de fato penalmente atípico; b) há incidência de causa extintiva da punibilidade; ou, c) inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria/participação no delito.

A propósito, cito o julgado desta Colenda 5ª Turma:

"O trancamento da ação penal, pela via excepcional do habeas corpus, somente é possível quando transparece dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia da denúncia." (HC nº 195.368/SC, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 21.9.12)

No caso em concreto, entendo que a conduta imputada ao recorrido pode ser, de plano, considerada atípica, inexistindo, outrossim, elementos indiciários demonstrativos da autoria ou da participação no crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

Observo que o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que o delito supracitado era de mera conduta, no qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se exige o citado dolo específico, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no Ag 1367169/PR, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 03/04/2012; e AgRg no Ag 1143603/RS, 6ª Turma, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21/11/2011, dentre outros.

Entretanto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Apn n.º 480/MG, em 29/03/2012, acompanhando o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq n.º 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), manifestou-se no sentido de que, para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993, é imprescindível a comprovação do dolo específico de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório. A seguir, cito a ementa do mencionado julgado:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dano ao erário. Ação penal improcedente.

Confirmam-se, também, os seguintes precedentes: HC 207494/DF, 5ª Turma, relator Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe de 17/10/2012; REsp 1315077/DF, 5ª Turma, relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 5/9/2012; e HC 202937/SP, 6ª Turma, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/09/2012.

No caso em concreto, cumpria ao *parquet* comprovar, concomitantemente, não somente a contratação indevida, mas também o dolo específico do recorrido de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, o que não está presente no processo.

Não há nos autos, além disso, elementos demonstrativos da participação do recorrido no delito, vez que inexistente um parecer de inexigibilidade da licitação por ele subscrito, mas mero extrato de entrevista realizada pelo Tribunal de Contas da União, no bojo de procedimento de tomada de contas, em que a Sra. Nara Rosseli Saraiva Bacurau, Presidente da comissão permanente de licitação da Prefeitura Municipal de Exu/PE, declarou que a empresa KM Empreendimentos Ltda. apresentou ao referido órgão público uma proposta comercial, datada de 25/11/2005, relativa à aquisição de produto de informática, e que tal proposta comercial, submetida à análise da declarante e de outro membro da comissão de licitação, o Sr. João Batista Mariano e, posteriormente, enviada ao recorrido, então assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Exu/PE, tendo este último "rascunhado" o parecer, datado de 25/11/2005, e o encaminhado, no mesmo dia, para a declarante, que o subscreveu, após a digitação pelo outro membro da Comissão (fl. 177).

No mesmo sentido, o Sr. João Batista Mariano declarou que remeteu o processo de inexigibilidade de licitação ao recorrido, porém os autos lhe foram devolvidos sem qualquer parecer jurídico, o que levou a comissão permanente de licitação a entender que poderia dar curso ao procedimento de inexigibilidade, dada a ausência de restrição jurídica por parte do recorrido (fl. 179).

Desse modo, concluo inexistir prova da manifestação opinativa do recorrido em favor ou não da realização do procedimento de licitação, não sendo suficiente, para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, a elaboração de mero rascunho - que sequer foi juntado aos autos -, opinando pela inexigibilidade de licitação.

É importante consignar, por fim, que o documento jurídico juntado aos autos (fls. 180/181) foi subscrito exclusivamente pela Presidente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comissão de Licitação, que, ao não fazer referência ao rascunho elaborado pelo recorrido, atuou por sua própria conta e risco.

Ante o exposto, não há se falar em negativa de vigência dos arts. 29 do Código Penal, 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93, 396 e 397 do Código de Processo Penal, razão pela qual nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0159301-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.336.660 / PE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002983220114058309 163803920114050000 2983220114058309

PAUTA: 09/04/2013

JULGADO: 09/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : GRACIANO DE LIRA ROCHA
ADVOGADO : CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

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, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.