



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.937 - SP (2011/0078204-5)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA E OUTRO
ADVOGADO : MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA MARIA MATOSO BIM
PACIENTE : ROMÁRIO EUCHARIO GOUVEIA NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES DE LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 92 DA LEI N. 8.666/1993). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. EXCEPCIONALIDADE. (I) ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO DE LESIONAR OS COFRES PÚBLICOS E EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. (II) ART. 92 DA LEI N. 8.666/1993. ATIPICIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO (CONSCIÊNCIA E VONTADE). INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO CRIME. INEXISTÊNCIA.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. Conforme entendimento recentemente pacificado nesta Corte Superior de Justiça, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, devem ficar demonstradas a intenção dos agentes em lesionar os cofres públicos e a existência de dano ao Erário (APn n. 480/MG, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/3/2012).

3. Da análise da inicial acusatória e dos documentos que instruem a inicial não emerge a existência do dolo específico por parte da paciente, então prefeita do município de Fernandópolis/SP, que, antes de proceder à dispensa de licitação, solicitou parecer da Procuradoria Jurídica do município, a qual se manifestou favorável à dispensa do certame por vislumbrar adimplidas as condições previstas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993.

4. O tipo penal previsto no art. 92 da Lei n. 8.666/1993 exige do Administrador, ciente da ilegalidade, uma conduta no sentido de permitir ou dar causa à aferição de alguma vantagem indevida em relação a contrato pactuado com terceiro. O fato de o contrato firmado entre a Administração (município de Fernandópolis/SP) e a Fade (Fundação Ararense para o Desenvolvimento do Ensino) prever que o ressarcimento das despesas seria efetuado com o valor pago pelos candidatos, a título de inscrição no concurso público por ela realizado, não é suficiente para configurar a conduta prevista no dispositivo.

5. Não se depreende da denúncia, nem dos documentos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acompanham a inicial deste *writ*, terem os pacientes consciência e vontade de realizar o contrato de prestação de serviços com o escuso objetivo de desviar, favorecer e obter vantagem indevida em detrimento do Erário e em favor de particular.

6. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Og Fernandes. As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Sustentou oralmente o Dr. Marlon Carlos Mاتيoli Santana pelos pacientes, Ana Maria Matoso Bim e Romário Eucharío Gouveia Neto.

Brasília, 22 de maio de 2012 (data do Julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.937 - SP (2011/0078204-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **Ana Maria Matoso Bim** e **Romário Eucharío Gouveia Neto**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o Ministério Público estadual denunciou a paciente Ana Maria Matoso Bim como incurso nos arts. 89, *caput*, e 92, *caput*, ambos da Lei n. 8.666/1993, na forma do art. 69 do Código Penal; e o paciente Romário Eucharío Gouveia Neto como incurso nos arts. 89, parágrafo único, e 92, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, na forma do art. 69, ambos do Código Penal (fls. 37/42).

O Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP recebeu a inicial acusatória ofertada pelo *Parquet*, determinando a citação dos acusados para responderem a acusação (fl. 598) – Ação Penal n. 189.01.2009.003935-1 – Controle n. 312/2009.

Apresentadas as defesas preliminares pelos acusados, o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP manteve o recebimento da inicial acusatória apresentada em desfavor dos pacientes (fl. 739) – Processo n. 312/2009.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, almejando o trancamento da ação penal, mas a ordem foi denegada (fls. 749/754) – *Habeas Corpus* n. 0484778-86.2010.8.26.0000:

HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA - Impossibilidade: Incabível o trancamento da ação penal por falta de justa causa, quando presentes em denúncia apta, indícios de autoria e materialidade, não sendo o *habeas corpus* via adequada para a análise da argumentação do impetrante que se refere ao mérito da causa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSPENSÃO FORMAL DO INDICIAMENTO - ATO JÁ PRATICADO - PERDA DO OBJETO - Ocorrência: Tendo sido praticado o ato contra o qual se insurgiu o impetrante, tem-se por prejudicado, neste ponto, o *writ*, pela perda do objeto. Ordem denegada.

Aqui, os impetrantes alegam constrangimento ilegal consistente na instauração da ação penal em desfavor dos pacientes. Sustentam, em síntese:

I. Atipicidade da conduta e ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, pois:

a) a contratação com dispensa de licitação possui previsão legal expressa no art. 24, II e XIII, da Lei n. 8.666/1993;

b) a assinatura do contrato administrativo foi precedida de parecer jurídico prévio, o qual julgou adimplidos os pressupostos para a dispensa de licitação;

c) a fundação contratada para a realização do concurso (Fade - Fundação Ararense para o Desenvolvimento do Ensino) possuía todos os requisitos necessários à formalização do contrato administrativo para a realização do concurso público;

d) a formalização do contrato não redundou em ônus para a municipalidade, uma vez que o ressarcimento das despesas da Fundação seriam pagas diretamente pelos candidatos no ato da inscrição, não configurando custo ao Erário;

e) a dispensa de licitação está justificada pelo fato de que a abertura de procedimento formal redundaria em gasto público e dispêndio de tempo desnecessário, em detrimento da necessidade da Administração de contratação de novos servidores;

f) não ficou demonstrada na inicial acusatória a vontade livre e consciente dos agentes de dispensar a licitação fora das hipóteses legais (dolo);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Atipicidade da conduta prevista no art. 92 da Lei n. 8.666/1993, uma vez que:

a) para a configuração do crime em apreço é necessário que exista prévia licitação nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (art. 22 da Lei n. 8.666/1993), o que, no caso dos autos, não ocorreu;

b) o sujeito passivo desse delito é o Estado, logo a vantagem exigida para fins de caracterização do crime deve ser aquela em prejuízo do Erário, o que, no caso concreto, não ocorreu, pois a denúncia descreve que a Fundação contratada (Fade) recebeu os valores diretamente dos candidatos, mostrando-se irrelevante que tenha arrecadado R\$ 133.450,00 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais), situação que demonstra ter sido preservado o interesse público;

c) a Fundação contratada (Fade), além de ostentar inquestionável conduta ética, ter sido instituída por meio de convênio com o Poder Público (Município de Araras) e deter experiência para a realização de concursos públicos em municípios semelhantes a Fernandópolis/SP, preenche os quatro requisitos autorizadores de dispensa de licitação previstos no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993 (constituição no Brasil; gratuidade dos cargos de sua diretoria e não distribuição de lucros entre os dirigentes, exercício de atividades de ensino ou de pesquisa científicas e idoneidade moral dos diretores);

d) o concurso público foi realizado por exigência do próprio Ministério Público, em razão de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado em março de 2008;

e) a dispensa de licitação foi devidamente publicada nos órgãos oficiais;

f) a apuração das contas do município, incluindo a realização do certame, foi aprovada pelo Tribunal de Contas de São Paulo;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

g) a inicial da ação popular intentada em razão desses fatos foi rejeitada, em face da ausência de lesão ao Erário, situação que reforça a ausência de justa causa, dada a ausência de tipicidade da conduta.

Postulam os impetrantes, portanto, o deferimento de medida liminar para que seja suspensa a ação penal até o julgamento do mérito do presente *writ*.

No mérito, requerem a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal, por ausência de justa causa, anulando-se a decisão que recebeu a denúncia e determinou o indiciamento formal dos pacientes.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), em 15/4/2011 (fls. 763/764).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 769/773):

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PACIENTES DENUNCIADOS COMO INCURSOS NA LEI Nº 8.666/90 (S/C). INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL OBSERVADOS. REGULARIDADE FORMAL DA PEÇA ACUSATÓRIA. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A falta de justa causa para dar margem ao trancamento da ação penal só deve ser reconhecida quando resultar incontestável em face dos elementos dos autos. Se a denúncia descreve fatos que, em tese, constituem crime, e não havendo dúvida quanto à identidade do acusado, não há falar em trancamento da ação penal.

Os impetrantes ajuizaram pedido de reconsideração da decisão que indeferiu o pedido liminar, que restou indeferido (fls. 1.173/1.174).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.937 - SP (2011/0078204-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Buscam os impetrantes o trancamento da ação penal que imputa aos pacientes as condutas previstas nos arts. 89 e 92 da Lei n. 8.666/1993, sob o argumento de ausência de justa causa para a ação penal, dada a atipicidade das condutas.

Cumpra salientar, de início, que esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria (HC n. 69.718/TO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012; RHC n. 26.168/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/2011).

O art. 89 da Lei n. 8.666/1993 dispõe o seguinte:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Em denúncia oferecida no Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP, o Ministério Público estadual assim descreveu as condutas atribuídas aos pacientes (fls. 37/42):

[...]

Consta dos inclusos autos que, no mês de abril de 2008, durante o horário de expediente normal de trabalho, no interior da Prefeitura Municipal de Fernandópolis, localizada na Rua São Paulo, 1680, nesta cidade e comarca, ANA MARIA MATOSO BIM, então prefeita municipal de Fernandópolis, dispensou licitação fora das hipóteses previstas em lei, e deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa, tendo ROMÁRIO EUCHARIO GOUVEIA NETO, então diretor-presidente da FADE - Fundação Arareense



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para o Desenvolvimento do Ensino, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Visconde do Rio Branco, 1225, na cidade de Araras/SP, concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiando-se da dispensa ilegal da licitação, para celebrar contrato com o Poder Público Municipal.

Consta ainda que, nos meses de abril e maio de 2008, durante o horário de expediente normal de trabalho, no interior da Prefeitura Municipal de Fernandópolis, ANA MARIA MATOSO BIM, então prefeita municipal de Fernandópolis, admitiu, possibilitou e deu causa a vantagem em favor do adjudicatário ROMÁRIO EUCHÁRIO GOUVEIA NETO, durante a execução do contrato celebrado com o Poder Público Municipal, sem autorização em lei no respectivo instrumento contratual, tendo este concorrido para a consumação da ilegalidade, obtendo vantagem econômica indevida.

FATO 1

A denunciada ANA, na condição de prefeita Municipal de Fernandópolis, após solicitação da diretoria municipal de administração determinou, no dia 18 de março de 2008, a abertura de prévio processo administrativo destinado a instruir futuro procedimento licitatório; na modalidade convite, visando a contratação de empresa ou fundação especializada para a realização de concurso público (fls. 28/30).

Ocorre que, antes mesmo da abertura formal do procedimento licitatório propriamente dito, no caso carta-convite, a FADE - Fundação Ararense Para o Desenvolvimento do Ensino, representada pelo denunciado ROMÁRIO, apresentou a proposta técnico-financeira nº 12/08, objetivando sua contratação para a execução do concurso público nº 01/08 (fls. 35/47).

Note-se que a referida proposta fora apresentada junta à prefeitura municipal de Fernandópolis no dia 02 de abril de 2008, ou seja, apenas 15 (quinze) dias após a abertura do sobredito processo administrativo preliminar, ocasião em que inexistia formalmente a licitação na modalidade convite.

Em decorrência disso, a assessoria jurídica da prefeitura municipal de Fernandópolis, após analisar a proposta no dia 07 de abril de 2008, emitiu parecer favorável à contratação direta da FADE - Fundação Ararense para o Desenvolvimento do Ensino, representada pelo denunciado ROMÁRIO, para a realização do concurso público nº 01/08, parecer este deferido pela denunciada ANA na mesma data.

Portanto, ao contratar diretamente mencionada fundação, a denunciada ANA dispensou a licitação para a contratação da empresa responsável pela execução do concurso público nº 01/08, conforme depreende-se do documento de fls. 117 e do temo de ratificação da dispensa de fls. 119 ambos datados de 15 de abril de 2008.

O contrato de prestação de serviços entabulado entre a prefeitura de Fernandópolis e a FADE - Fundação Ararense Para o Desenvolvimento do Ensino - foi firmado em 11 de abril de 2008, cujo valor fora estabelecido da seguinte forma: pela prestação dos serviços técnicos especializados, especificados nesta proposta, fica a FADE autorizada a cobrar diretamente (sic) de cada candidato, no ato da inscrição, a título de ressarcimento de despesas com material e serviços, as importâncias abaixo discriminadas: (...) (fls. 94/98).

A denunciada ANA dispensou a licitação com fundamento no inciso XIII do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 24 da Lei nº 8.666/93, ou seja, na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Trata-se de dispensa indevida, pois a denunciada ANA deveria ter procedido a abertura de procedimento licitatório, notadamente na modalidade carta convite, para a escolha da empresa ou pessoa jurídica responsável pela realização do concurso público n 01/08, pois o objeto do contrato era perfeitamente exequível por outras entidades capacitadas para tanto, as quais não tiveram o direito e a oportunidade de competirem entre si no transcorrer de uma devida licitação.

Ademais, o fundamento legal que embasou sobredita dispensa é absolutamente infundado e impertinente no caso concreto, pois não incide na hipótese de contratação de empresa ou pessoa jurídica para proceder a realização de concurso público. O inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 diz respeito apenas e tão somente à contratação direta de entidades destinadas à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional, desde que detenham inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos, sendo que em momento algum tal dispositivo legal faz menção à realização de concurso público.

Com isso, a dispensa da licitação que culminou com a contratação direta da FADE - Fundação Ararense Para o Desenvolvimento do Ensino - foi ilegal.

Diante da ilegalidade consumada, o denunciado ROMÁRIO beneficiou-se indevidamente da dispensa da licitação, eis que sua entidade fora contratada diretamente para realizar o concurso público nº 01/08.

Repita-se: assim como a contratada, certamente outras pessoas jurídicas possuíam capacidade técnica, financeira e administrativa para participarem do processo licitatório/carta-convite e de realizarem o concurso público nº 01/08, mas tiveram seu direito de competição tolhido pela ação criminosa dos denunciados.

FATO 2

A FADE - Fundação Ararense Para o Desenvolvimento do Ensino - representada pelo denunciado ROMÁRIO, ao ser contratada diretamente pela prefeitura municipal de Fernandópolis, após ter sido ilegalmente dispensada a licitação pela denunciada ANA, auferiu indevida vantagem econômica durante a execução do objeto do contrato.

Com efeito, a cláusula terceira do contrato firmado entre a prefeitura municipal de Fernandópolis e a sobredita fundação estabeleceu como forma de pagamento pela execução de seu objeto, que a contratada cobraria diretamente de cada candidato, no ato da inscrição, e a título de ressarcimento de despesas com material e serviços, as importâncias de R\$ 15,00 (para cargos que exigem ensino fundamental incompleto), R\$ 25,00 (para cargos que exigem ensino fundamental), R\$ 35,00 (para cargos que exigem ensino médio) e R\$ 50,00 (para cargos que exigem ensino superior) (fls. 95/96).

A lista contendo os nomes de todos os candidatos que participaram do concurso público nº 01/08 bem como os valores que cada um pagou a título



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de taxa de inscrição, está juntada às fls. 433/528.

Pois bem. Ao contabilizar-se os valores pagos pelos candidatos a título de taxa de inscrição, verifica-se que a fundação do denunciado ROMÁRIO arrecadou para si vultoso montante de R\$ 133.450,00 (cento e trinta e três mil e quatrocentos e cinquenta Reais).

Logo, com a dispensa ilegal da licitação e consequente contratação direta da fundação, a denunciada ANA possibilitou ao denunciado ROMÁRIO auferir indevido benefício econômico para si durante a execução do objeto do contrato.

CONCLUSÃO

Antes o exposto, denuncio a Vossa Excelência ANA MARIA MATOSO BIM, como incurso nos artigos 89, "caput", e 92, "caput", ambos da Lei n 8.666/93, na forma do artigo 69, "caput", do Código Penal; e ROMÁRIO EUCHARIO GOUVEIA NETO, como incurso nos artigos 89, parágrafo único, e 92, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93, na forma do artigo 69, "caput", do Código Penal, e requeiro que, recebida e autuada a presente ação penal, sejam os denunciados citados, processados, interrogados e, ao final, condenados por este r. juízo, observando-se o rito processual penal ordinário e o disposto nos artigos 100/108 da Lei nº 8.666/93 no que couber, bem como sejam ouvidas as testemunhas abaixo arroladas.

[...]

O Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP recebeu a inicial acusatória nos seguintes termos (fl. 598):

[...]

Vistos.

A *priori*, não há nulidade aparente na denúncia, a qual descreve fato incriminado pela legislação penal nos artigos 89, "caput", e 92 "caput", ambos da Lei n 8.666/93, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, cuja punibilidade, em tese, é passível de pretensão pelo Ministério Público, legitimado para promover a ação penal pública nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal.

No inquérito policial, há elementos informativos suficientes para se aferir justa causa para instauração do processo criminal.

Ante a infração tipificada, o processo deve seguir o rito ordinário.

Para os fins do artigo 396 do Código de Processo Penal, recebo a denúncia e determino a citação dos réus ANA MARIA MATOSO BIM e ROMÁRIO EUCHARIO GOUVEIA NETO para apresentar defesa em 10 (dez) dias juntando documentos e arrolando até 8 (oito) testemunhas ou expressamente informar seu interesse em ser defendido por defensor dativo, quando lhe será nomeado um, o que também será feito no despacho oficial à Ordem dos Advogados do Brasil para a pertinente indicação, que ficará aceita, passando-se, em seguida a intimação do defensor dativo para os mesmo fim e prazo.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme se observa da denúncia, não se demonstrou de que forma a dispensa da licitação configurou o crime previsto no art. 89 da Lei n 8.666/1993. Não ficou nítida na inicial acusatória a intenção dos agentes em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de prejuízo. Em outras palavras, não há na inicial ofertada pelo *Parquet* menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao Erário.

A fim de verificar a presença de justa causa para a ação penal, mostra-se necessário, ainda, verificar se a forma como os pacientes procederam configura a prática dos crimes imputados na denúncia oferecida pelo Ministério Público. Depreende-se dos documentos juntados aos autos que:

a) a paciente Ana Maria Matoso Bim, quando prefeita do município de Fernandópolis, determinou a abertura de procedimento administrativo visando à realização de licitação para a contratação de empresa encarregada da elaboração de concurso público para a contratação de servidores (fl. 76). Na mesma data, solicitou manifestação da Procuradoria do município a respeito da legalidade de dispensa de licitação (fl. 142), diante da proposta da Fade, representada pelo acusado Romário Eucharío Gouveia Neto (fls. 81/93);

b) a Procuradoria do município exarou parecer favorável à dispensa da licitação, por entender que a Fundação adimplia os requisitos necessários para a contratação direta, previstos no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993 (fls. 144/145);

c) diante do parecer favorável, os pacientes firmaram Contrato de Prestação de Serviços Técnicos Especializados, objetivando a realização do concurso, contrato que previa que o ressarcimento das despesas do concurso seriam satisfeitas com o valor arrecadado, a título de inscrição, por parte dos candidatos (fls. 147/151);

d) a paciente Ana Maria Matoso Bim expediu termo de ratificação de dispensa de licitação (fl. 173), bem como fez publicar no Diário Oficial a dispensa da licitação e o extrato do contrato firmado (fls. 174/175).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, emerge dos documentos que instruem a inicial a ausência de dolo específico por parte da paciente, então prefeita do município de Fernandópolis/SP, que, antes de proceder à dispensa de licitação, solicitou parecer da Procuradoria do município, o qual se manifestou favorável à dispensa do certame, por vislumbrar adimplidas as condições previstas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993; o mesmo pode ser afirmado em relação ao corréu, a quem foi imputada a conduta prevista no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

O fato de o ressarcimento das despesas com o concurso ter sido efetuado com o valor pago pelos candidatos, a título de inscrição, também demonstra a ausência de prejuízo ao Erário.

Não desconheço o entendimento consolidado tanto nesta Turma quanto na Quinta Turma deste Tribunal no sentido de que, para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações, não se exige o dolo específico e muito menos a demonstração de prejuízo efetivo ao Erário:

[...]

I. O tipo penal previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93 **cuida de crime de mera conduta e sua caracterização independe da existência de dolo específico ou efetiva lesão ao erário**, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, no exatos termos do enunciado. Precedentes.

(REsp n. 1.185.750, Ministro Gilson Dipp, DJe 22/11/2010)

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.

(HC n. 171.152, Ministro Og Fernandes, DJe 11/10/2010)

Ocorre, porém, que, como ressaltou o Ministro Felix Fischer por ocasião do julgamento recente da APn n. 480, esse entendimento não é o que prevalece atualmente na Corte Especial nem no Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pertinente trazer à baila os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 89 LEI 8.666/93).

1. O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade mas só é punível quando produz resultado danoso.

2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.

3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.

4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasiona dano ao erário.

5. Denúncia rejeitada.

(APn n. 261, Ministra Eliana Calmon, DJ 5/12/2005)

AÇÃO PENAL. LICITAÇÃO. FRAUDE. DENÚNCIA. NÃO EVIDENCIAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO DANO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS ACUSADOS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, visando a apuração de supostos crimes relacionados à Concorrência 006/2003, promovida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para a aquisição completa para ambiente de trabalho, compreendendo confecção, fornecimento e serviços de mão-de-obra especializada para instalação de móveis, cabeamento de dados, voz, elétrica e demais especificações no anexo do edital, para o Foro Trabalhista de 1ª Instância de São Paulo.

2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.

3. É que "cabe realçar, ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição." (APn 375/AP, Corte Especial, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU 24.04.06). Precedentes da Corte Especial: APn 281/PR, DJU 23.05.05 e APn 261/PB, DJU 02.03.05.

4. Os delitos plurissubjetivos, que veiculam crime de autoria coletiva, reclamam descrição individualizada da participação de cada um dos acusados no delito, para que possam eles exercitar sua defesa, sob pena de rejeição da peça inicial. Precedentes do STF: Inq 2.245/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 28.08.07; HC 83.947/AM, 2ª Turma, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. CELSO DE MELLO, DJU 07.08.07; HC-extensão 87.768/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 17.04.07; e HC 81.295/SP, 1ª Turma, ELLEN GRACIE, DJU 06.11.01.

5. Denúncia rejeitada.

(APn n. 330, Ministro Luiz Fux, DJe 15/12/2008)

[...]

Ou seja, a alegação da defesa de que para a configuração do tipo é necessário que se descreva na denúncia a vantagem obtida é decorrência da própria Lei de Licitações, no seu art. 99, estando ausente da denúncia qualquer alegação a respeito da vantagem que teria sido obtida pelo acusado.

O que diz a denúncia em relação ao acusado?

"Consta das peças de informação que Vitor Penido de Barros no cargo de prefeito de Nova Lima, ratificou as conclusões da Procuradoria Jurídica do Município, no sentido de que seria inexigível a realização de procedimento licitatório para a contratação de oito bandas musicais para as festividades do 'Carnaval Novalimense de 2002'."

Não há descrição de qualquer vantagem. Seria até impossível de se fixar uma pena desse tipo do art. 99, ausente uma nuclear do tipo que, em razão do art. 99, impõe que o art. 89 também tenha como nuclear do seu tipo a vantagem obtida pelo agente.

Eu também, Senhor Presidente, rejeito a denúncia, mas não deixaria de citar aqui também um pouco de teoria jurídica. E cito Marçal Justen Filho, no seu Comentário à Lei nº 8.666, em relação ao art. 89. Disse ele:

Não se aperfeiçoa crime do artigo 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.

E também relembro aqui o Inquérito nº 2.648, Relatora a eminente Ministra Cármen Lúcia, Diário de Justiça de 21 agosto de 2008:

"A configuração do crime de dispensa irregular de licitação exige a demonstração da efetiva intenção de burlar o procedimento licitatório, o que não se demonstrou na espécie vertente."

Senhor Presidente, por essas razões, com fundamento no art. 395 do Código de Processo Penal, eu rejeito a denúncia, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Luiz Fux, com a vênua do eminente Relator.

(Voto do Ministro Dias Toffoli, por ocasião do julgamento da APn n. 2.482, DJe 17/2/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale ressaltar que o entendimento acima citado veio a ser confirmado recentemente, em julgamento da Corte Especial encerrado no último dia 29 de março. Por ocasião da APn n. 480, a Corte Especial, por maioria, sendo relator para o acórdão o Ministro Cesar Rocha, concluiu que, para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Deve estar caracterizado não só o dolo específico de causar dano ao Erário, mas também o próprio dano.

A propósito:

INFORMATIVO N. 492/STJ

DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO.

A Corte Especial, por maioria, entendeu que o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige dolo específico e efetivo dano ao erário. No caso concreto a prefeitura fracionou a contratação de serviços referentes à festa de carnaval na cidade, de forma que em cada um dos contratos realizados fosse dispensável a licitação. O Ministério Público não demonstrou a intenção da prefeita de violar as regras de licitação, tampouco foi constatado prejuízo à Fazenda Pública, motivos pelos quais a denúncia foi julgada improcedente.

(APn 480/MG, Relator p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/3/2012).

Parece-me, portanto, superado o entendimento anterior da Sexta e Quinta Turmas, que consideravam suficiente para configurar o crime do art. 89 da Lei de Licitação a demonstração da ocorrência de dolo comum, ou seja, a simples demonstração de desobediência das formalidades legais.

No tocante à alegação de atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 92 da Lei n. 8.666/1993, a ordem também merece concessão.

O art. 92 do diploma em comento possui a seguinte redação:

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Segundo Nucci, na análise do núcleo do tipo:

[...] admitir (aceitar), possibilitar (tornar viável) ou dar causa (fazer nascer, originar) são as condutas cujo objeto é a modificação ou vantagem relativa a contrato celebrado entre a Administração e terceiro. Neste caso, o contrato é modificado (alterado) ou confere vantagem (qualquer lucro) ao adjudicatário (pessoa que vai contratar com a Administração, após a licitação), inclusive com eventual prorrogação, sem haver autorização legal. [...]

O objeto material é o contrato administrativo modificado ou prorrogado, bem como pode ser, ainda, o pagamento feito a contratado. O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral. [...]

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª ed. págs. 901e 902).

A situação dos autos não parecer se amoldar ao delito previsto no art. 92 da Lei n. 8.666/1993. Da análise do tipo, observa-se que se exige do Administrador uma conduta no sentido de permitir a aferição de alguma vantagem em relação a contrato firmado com terceiro, o que, no caso dos autos, não parece ter ocorrido.

Da análise da cláusula terceira do contrato firmado entre a Prefeitura de Fernandópolis/SP e a Fade (fls. 148/149), observa-se que ficou acordado que, pela prestação dos serviços técnicos especializados, a Fade ficaria autorizada a cobrar diretamente de cada candidato, no ato da inscrição, a título de ressarcimento de despesas com material e serviços, os seguintes valores:

Ensino Fundamental Incompleto R\$ 15,00

Ensino Fundamental R\$ 25,00

Ensino Médio R\$ 35,00

Ensino Superior R\$ 50,00

Assim, não verifiquei de que forma os pacientes praticaram o crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no art. 92 da Lei n. 8.666/1993, pois os valores recebidos pela Fade, a título de inscrição dos candidatos no concurso, visava ao ressarcimento das despesas da instituição com a realização do certame. Vale dizer, não ficou demonstrado nos autos que a acusada tivesse alterado ou firmado o contrato de modo a conferir vantagem indevida ao paciente Romário Eucharío Gouveia Neto, na ocasião, representante da Fade. Tenho que os valores recebidos a título de ressarcimento são inerentes ao contrato firmado entre a Administração e a entidade, para a realização do certame.

Confira-se, a propósito, precedente da relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a questão relativa à tipicidade do crime previsto no art. 92 da Lei n. 8.666/1993 foi analisada no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO TRT DE SÃO PAULO. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 315 e 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 92 DA LEI 8.666/93. PRELIMINARES AFASTADAS. DENÚNCIA QUE NÃO LOGROU PROVAR O DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DE CRIME LICITATÓRIO. CONDUTA VISANDO TÃO-SOMENTE A CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

1. Acção penal originária veiculando as condutas descritas nos arts. 315 e 319 do Código Penal c/c art. 92 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.

2. Consumação da prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos previsto no Código Penal e persecução penal tão-somente voltada para o art. 92 da Lei 8.666/93.

[...]

5. O tipo previsto no artigo 92 da Lei 8.666/93 reclama dolo genérico, inadmitindo culpa ou dolo eventual posto dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil. É que a intenção de desviar e favorecer são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte. Nesse sentido, concluiu o colegiado que:

ACÇÃO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93.

1. Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que requer o dolo, não há como dar início à acção penal.

2. Denúncia rejeitada. (APn 281 - RR, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, DJ de 23 de maio de 2005)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.

2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, *ipso facto*, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.

3. Denúncia rejeitada. (APn 375 - AP, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, DJ de 24 de abril de 2006).

6. Deveras, a doutrina não discrepa do referido entendimento; senão, vejamos: No caput o elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente em admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem ilegais em favor do contratado. O autor do crime deverá estar consciente da ilegalidade do seu comportamento. Assim também é o dolo no caso do parágrafo único. O contratado concorre livre e consciente para a modificação ou vantagem ilegais com o fito de obter vantagem indevida ou benefício injusto. No caso (*sic*) do contratado o dolo seria, ainda, específico, pois estaria ele com a modificação ou prorrogação visando uma vantagem indevida ou um benefício injusto. (in Crimes na Licitação, DIOGENES GASPARINI, Editora NDJ, 3ª Edição, págs. 120/121) O crime não se aperfeiçoa simplesmente pela presença dos aspectos "descumprimento da norma administrativa" e "atribuição de vantagem indevida ao licitante. É necessário que o descumprimento da norma administrativa seja orientado pelo intento de atribuir vantagem indevida ao licitante. Pode-se caracterizar o crime mediante dolo genérico nas hipóteses (*sic*) de infração à ordem de pagamento ou ao prazo de cinco dias. Então, a conduta do sujeito é apta, por si só, a infringir valores jurídicos autônomos (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, MARÇAL JUSTEN FILHO, Ed. Dialética, 10ª Edição, pág. 613)

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade consciente e livre de admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação contratual ou vantagem em favor do adjudicatário. Evidentemente, para que o delito possa aperfeiçoar-se, no campo subjetivo, deverá o agente público estar consciente da ilegalidade do que está praticando, em detrimento do erário público e em favor do particular. Ou melhor, deverá ter consciência de que está agindo desprovido de qualquer autorização legal. (in Direito Penal das Licitações, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., Editora Saraiva, 2ª Edição, pág. 39)

Os crimes tipificados pela Lei 8.666 não admitem a modalidade culposa;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo subjetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública licitação; essa intenção foi remotamente considerada como dolo específico, hoje inexistente.

No desenvolvimento da argumentação do tema que nos foi proposto para esta ocasião, havemos de, agora, partir da consideração de crime, ação ou omissão do homem assim considerada em virtude de lei, conceito legal que se presta aos termos da Lei federal das licitações e contratos da Administração Pública. São, portanto, crimes os comportamentos humanos enquadráveis em uma das características tipificadoras consignadas nos arts. 89 a 98 da Lei 8.666/93, importando o nexo causal entre o agir e a sua consequência e a circunstância antijurídica. (in Revista Brasileira de Ciências Criminais, CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO, Editora Revista dos Tribunais, 42º Volme, pág. 150)

7. Aditamento ao contrato antecedido de autorização do Superior Tribunal do Trabalho, acompanhado pelo próprio MPF, que, após o ato lavrado, em comunicado intempestivo em confronto com a data da lavratura da escritura, interditou o negócio jurídico.

8. Deveras, o aditamento acoimado de ilegal resultou de pareceres técnicos cuja matéria escapava ao conhecimento do imputado por força de sua formação acadêmica, conjurando o elemento subjetivo do tipo, mercê de não ser apontado beneficiamento direto ao réu, senão desvio posterior atribuído a terceiro, a saber: a empreiteira.

9. O sancionamento de Tribunal de Contas não faz coisa julgada no crime, aliás, como explicita hodiernamente a Lei de Improbidade Administrativa (art. 21), sendo passível de revisão judicial a sua conclusão, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sob esse enfoque, o acórdão oriundo do Tribunal de Contas da União, mercê de responsabilizar as pessoas e a empresa indicadas no relatório pela recomposição do prejuízo, sob outro ângulo, reforça a presunção de inocência do réu, ao assentar que aditivo calcou-se em pareceres de perito técnico cuja especialização faltava, como evidente, ao magistrado ora imputado.

10. A dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão-somente a título de dolo, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a aplicação da máxima *in dubio pro reo* posto decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência. Sob esse ângulo, a doutrina e a jurisprudência preconizam:

No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza ..., não bastando a alta probabilidade..., sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA).

CRIMINAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. POSSÍVEL FRAUDE À LICITAÇÃO. DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NECESSÁRIO À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. ASPECTOS DE FUNDO, LEVANTADOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NAS RESPOSTAS, QUE NÃO PODEM SER EXAMINADOS. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. CLASSIFICAÇÃO QUE NÃO TEM ESPECIAL RELEVÓ. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO, NA FORMA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, INOCORRENTE. EVENTUAL DÚVIDA QUE BENEFICIA A ACUSAÇÃO, NESTA FASE PROCESSUAL. TEMAS A SEREM ESCLARECIDOS QUE NÃO ENSEJAM A PRONTA DECLARAÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA. "VISTO". IMPROPRIEDADE DE UM JUÍZO PRÉVIO SOBRE SEU CONTEÚDO E VALIDADE. MOMENTO IMPRÓPRIO PARA O EXAME DA CULPABILIDADE OU EXCLUSÃO DE CRIMINALIDADE. SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA EVIDENCIADOS. AÇÃO PENAL PROPOSTA DEVIDO AO FORO ESPECIAL DE MEMBRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E EX-GOVERNADOR. DENÚNCIA RECEBIDA.

[...]

VIII. Na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação.

[...]

XV. Denúncia recebida. (APn 195 - RO, Relator Ministro GILSON DIPP, Corte Especial, DJ de 15 de setembro de 2003) (grifamos)

11. *In casu*, os autos permitem concluir que:

a) o elemento subjetivo do tipo, o dolo não se verificou, porquanto a intenção do denunciado era a de implementar a obra que com o decurso do tempo e os acréscimos legais fizeram com que anuísse com o Termo Aditivo;

b) a eventual ilicitude dos laudos técnicos aos quais impunha-se ao imputado curvar-se diante de sua incapacidade acadêmica, não contamina o seu atuar;

c) as cautelas adotadas quer na atuação do *Parquet* em inquérito civil cuja desautorização da obra não foi comunicada tempestivamente antes da lavratura dos Termos Aditivos, quer nas constantes reuniões técnicas, encerram atitudes incompatíveis com o atuar doloso na sua definição científica;

d) a ausência da prova do dolo, acrescida do rastreamento do Banco Central não apontando qualquer desvio em prol do denunciado, corroboram a ausência de prova conducente à condenação inequívoca;

e) ***ad argumentandum tantum*, exsurgindo dúvidas lindeiras entre a inépcia e a culpabilidade impõe-se o afastamento da condenação, tese superada na jurisprudência da Corte, na lei, e na doutrina;**

f) **a Corte Especial é firme no sentido de que: I) o dolo genérico não é suficiente a levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações (APn 261-PB, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 05.12.2005);**

II) a insuficiência da prova leva à absolvição (APn 55-BA, Rel. p/ Acórdão Min. José de Jesus Filho, DJ 25.11.1996); "na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação." (APn 195-RO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.09.2003).

12. Ação Penal julgada improcedente.

(Apn n. 226/SP, Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJ 8/10/2007 – grifo nosso)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As considerações grifadas no precedente citado amoldam-se ao caso dos autos, uma vez que não exsurge dos autos que os pacientes tiveram o dolo direto de praticar a conduta prevista no art. 92 da Lei n. 8.666/1993. Não se depreende da denúncia, nem dos documentos que acompanham a inicial deste *writ*, terem os pacientes consciência e vontade de realizar o contrato de prestação de serviços em discussão com o escuso objetivo de desviar, favorecer e obter vantagem indevida em detrimento do Erário e em favor do particular.

Em face do exposto, **concedo** a ordem impetrada para determinar o trancamento da Ação Penal n. 189.01.2009.003935-1 – Controle n. 312/2009, em trâmite na 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP, proposta em desfavor dos pacientes Ana Maria Matoso Bim e Romário Eucharío Gouveia Neto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.937 - SP (2011/0078204-5)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (PRESIDENTE): Srs. Ministros, peço licença para manter o meu posicionamento no sentido de que, em sede de trancamento de ação penal por *habeas corpus*, é preciso uma daquelas características que todos sabemos: atipicidade, extinção da punibilidade, manifesta ausência de prova e indício de autoria.

Tenho ainda algum questionamento a respeito da atipicidade por entender que, se não lesa os cofres públicos diretamente, a eventual ausência de processo licitatório, seja de qualquer modalidade – no caso, seria a carta-convite –, impede a concorrência entre eventuais licitantes ao certame.

Denego a ordem de habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0078204-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 202.937 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3122009 3502025920108260000 4847788620108260000 990103502027 990104847788

EM MESA

JULGADO: 22/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA E OUTRO
ADVOGADO : MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA MARIA MATOSO BIM
PACIENTE : ROMÁRIO EUCHARIO GOUVEIA NETO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA, pela parte PACIENTE: ANA MARIA MATOSO BIM

Dr(a). MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA, pela parte PACIENTE: ROMÁRIO EUCHARIO GOUVEIA NETO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Og Fernandes."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.