



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.782 - SP (2012/0061239-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : FRANCISCO DEMONTIEI LUNA
ADVOGADO : EVERALDO MARQUES DE SOUSA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRADO REGIMENTAL. LEI DE LICITAÇÕES. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. PRETENSÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior passou a considerar indispensável a presença de dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo para a configuração do crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 (*leading case*: APn 480/MG, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/Acórdão Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe de 15/06/2012).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou não haver dúvidas quanto à existência do dolo por parte dos agentes, bem como do prejuízo causado ao erário. Para rever a conclusão do acórdão, far-se-ia indispensável reexaminar o conjunto probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n.º 07 desta Corte.

3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

4. Agrado regimental desprovido.

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, receber o pedido de reconsideração de despacho como agrado regimental e lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE)

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.782 - SP (2012/0061239-3)

AGRAVANTE : FRANCISCO DEMONTIEI LUNA
ADVOGADO : EVERALDO MARQUES DE SOUSA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de pedido de reconsideração protocolizado por FRANCISCO DEMONTIEI LUNA, contra decisão de minha lavra assim ementada, *litteris*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI DE LICITAÇÕES. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. FRANCISCO DEMONTIEI LUNA: MINUTA DE AGRADO QUE NÃO INFIRMA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.º 182 DO STJ E N.º 283 DO STF. TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DELITO DE MERA CONDUTA. AGRADO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO O APELO EXTRAORDINÁRIO. JOÃO CARLOS SUNDFELD: INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVA. ARGUIDA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. APLICAÇÃO DOS VERBETES SUMULARES N.º 211 DESTA CORTE E N.º 284 DO PRETÓRIO EXCELSO. AGRADO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (fl. 1904)

A Defesa alega que não incide o óbice contido no verbete sumular n.º 07 desta Corte.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.782 - SP (2012/0061239-3)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. LEI DE LICITAÇÕES. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. PRETENSÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior passou a considerar indispensável a presença de dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo para a configuração do crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 (*leading case*: APn 480/MG, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/Acórdão Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe de 15/06/2012).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou não haver dúvidas quanto à existência do dolo por parte dos agentes, bem como do prejuízo causado ao erário. Para rever a conclusão do acórdão, far-se-ia indispensável reexaminar o conjunto probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n.º 07 desta Corte.

3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, assinalo que, sendo a real intenção da parte peticionária a modificação da decisão monocrática, em face dos princípios da fungibilidade e da economia processual, recebo o presente pedido de reconsideração como agravo regimental.

A decisão agravada, no ponto em que contestada pela parte ora Recorrente, fundamenta-se nos seguintes termos:

"Resta a insurgência de que, para a caracterização do crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93, é necessário prova acerca do dano causado ao erário, bem assim o dolo específico em produzir o resultado lesivo.

De fato, esse tema tem sido objeto de divergência entre ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, conforme se depreende dos seguintes julgados:

'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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 dano ao erário.

Ação penal improcedente.' (APn .480/MG, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe de 15/06/2012.)

'HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DENÚNCIA. NATUREZA GENÉRICA. INÉPCIA CARACTERIZADA. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO E DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE.

1. É inepta a denúncia que tem caráter genérico e não descreve a conduta criminosa praticada pelos pacientes, mas apenas menciona a posição por eles ocupada na hierarquia de uma empresa que, ao integrar uma coleta simulada de preços, teria contribuído para a prática delitiva.

2. A peça acusatória deve especificar, ao menos sucintamente, fatos concretos, de modo a possibilitar ao acusado a sua defesa, não podendo se limitar a afirmações de cunho vago.

3. O crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo ou de dolo específico. Precedentes desta Corte.

4. Ordem concedida.' (HC 164.172/MA, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 21/05/2012.

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DELITO DE MERA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 83 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A arguida ofensa ao art. 24, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, não foi apreciada pelo Tribunal a quo, carecendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto à tese defensiva relativa à inexistência de dolo, verifica-se que o Tribunal de origem, soberano na análise fático-probatória, concluiu, de forma clara, que a conduta do agente foi dolosa, tendo o Réu plena consciência e vontade de perpetrar o delito do art. 89 da Lei n.º 8.666/93. Nesse contexto, a revisão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do Enunciado n.º 07 da Súmula desta Corte.

3. No tocante à alínea c do permissivo constitucional, a decisão recorrida encontra-se de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Aplicação da Súmula n.º 83 desta Corte.

4. Não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido.' (AgRg no Ag 1.367.169/PR, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 03/04/2012; sem grifos no original.)

'HABEAS CORPUS. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI 8.666/93. CRIME DE MERA CONDUTA. COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE DE PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DELITO QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. DOLO CONSIGNADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. Segundo a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei 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') é de mera conduta, não se exigindo a constatação de resultado naturalístico (demonstração de efetivo prejuízo para a Administração Pública) para a sua consumação.

2. Concretamente, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do contexto fático-probatória, consignaram a existência de dolo na dispensa das licitações fora das hipóteses legais.

3. Ordem denegada.' (HC 159.896/RN, 6.ª Turma, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), DJe de 15/06/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também através de revisão criminal. Chegar-se a conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita.

5. Ordem denegada.' (HC 171.152/SP, 6.ª Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 11/10/2010.)

No entanto, na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou não haver dúvidas quanto à existência do dolo por parte dos Agentes, bem como do prejuízo causado ao erário (fls. 1.638/1.639). Assim, para se rever essa conclusão, far-se-ia indispensável reexaminar o conjunto probatório dos autos, o que encontra óbice no verbete n.º 07 da Súmula desta Corte. (fls. 1906/1909; sem grifos no original.)

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0061239-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 152.782 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00158290920038260457 4570120030158292 47203 990092452010

EM MESA

JULGADO: 07/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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

AGRAVANTE : JOÃO CARLOS SUNDFELD
ADVOGADO : HUGO ANDRADE COSSI E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FRANCISCO DEMONTIEI LUNA
ADVOGADO : EVERALDO MARQUES DE SOUSA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FRANCISCO DEMONTIEI LUNA
ADVOGADO : EVERALDO MARQUES DE SOUSA
AGRAVADO : 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, recebeu o pedido de reconsideração de despacho como agravo regimental e lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE)