



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.713 - SP (2015/0130270-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FAHD DIB JUNIOR
ADVOGADO : FAHD DIB JUNIOR - SP225274
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ÂNGELO NÓBILE

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Se a denúncia é natimorta, preferível que se passe desde logo o competente atestado de óbito, porque não há lugar maior para o extravasamento dos ódios e dos rancores do que a deflagração de uma *actio poenalis* contra pessoa reconhecidamente inocente.

2. Após o julgamento da Apn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que o delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 exige comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do efetivo prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, tanto o édito repressivo quanto o aresto impugnado deixaram de se reportar a qualquer atitude do paciente capaz de caracterizar o necessário dolo específico de causar prejuízo ao erário, afirmando que a mera conduta de dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei seria suficiente à configuração do delito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, circunstância que afronta a jurisprudência consolidada desta Tribunal de Cidadania.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.713 - SP (2015/0130270-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FAHD DIB JUNIOR
ADVOGADO : FAHD DIB JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ÂNGELO NÓBILE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CARLOS ÂNGELO NÓBILE, apontando como autoridade coatora a 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000534-22.2008.26.0047.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, como incurso no artigo 89 da Lei 8.666/1993, combinado com o artigo 71 do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido improvido, ocasião em que foi declarada extinta a punibilidade do acusado quanto aos fatos praticados entre janeiro de 2001 a abril de 2001, bem como afastada a multa imposta ao réu, além de corrigido erro material constante do édito repressivo.

Contra tal julgado, foram opostos embargos de declaração, que foram acolhidos para corrigir de ofício erro existente no aresto impugnado, seguindo-se a apresentação de recurso especial, que não foi admitido, tendo esta Corte Superior de Justiça negado seguimento ao respectivo agravo.

Sustenta o impetrante que a condenação do paciente seria manifestamente ilegal, pois teria consignado que para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 seria suficiente o dolo genérico do acusado, entendimento que contrariaria a jurisprudência pacífica deste Sodalício, pela qual seria indispensável o dolo específico de causar prejuízo ao erário.

Alega que no caso dos autos não teria restado comprovada a vontade do paciente de causar danos ao erário por meio do agastamento indevido da licitação, motivo pelo qual a conduta a ele imputada seria atípica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer a concessão da ordem para que o processo seja trancado, absolvendo-se o réu.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 73/75.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 82/83), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 2782/2787, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício a fim de que seja trancada a ação penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.713 - SP (2015/0130270-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No caso dos autos, o paciente foi denunciado porque teria dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei, ao efetuar despesas de R\$ 31.903,10 (trinta e um mil, novecentos e três reais e dez centavos) com produtos laboratoriais, R\$ 34.024,85 (trinta e quatro mil, vinte e quatro reais e oitenta e cinco centavos) com produtos de informática, R\$ 10.241,69 (dez mil, duzentos e quarenta e um reais e sessenta e nove centavos) com a aquisição de tintas, R\$ 30.023,01 (trinta mil, vinte e três reais e um centavos) com a compra de gêneros alimentícios, R\$ 19.079,70 (dezenove mil, setenta e nove reais e setenta centavos) com medicamentos, R\$ 100.254,62 (cem mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e dois centavos) com a compra de materiais de escritório, R\$ 9.117,40 (nove mil, cento e dezessete reais e quarenta centavos) com material de construção, R\$ 24.869,62 (vinte e quatro mil, oitocentos e sessenta e nove reais e sessenta e dois centavos) com aquisição de materiais elétricos e R\$ 108.000,00 (cento e oito mil reais) com aquisição de título de capitalização, sem a realização de qualquer procedimento licitatório prévio (e-STJ fls. 18/20).

Sobreveio sentença na qual o réu foi condenado como incurso no artigo 89 da Lei 8.666/1993, ocasião em que o magistrado singular asseverou pouco importar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"se o preço pago é o normalmente cobrado pelas empresas do ramo", pois o ilícito em questão seria de mera conduta, consumando-se "a partir do momento em que o agente celebra contrato com a empresa sem a realização do necessário procedimento licitatório" (e-STJ fl. 27).

Acrescentou que o acusado teria agido de má-fé, "por ter contratado com as empresas mencionadas na denúncia sem o necessário procedimento licitatório" (e-STJ fls. 28/29).

Igualmente, a autoridade apontada como coatora registrou que se estaria diante de crime de natureza formal, sendo desnecessária a obtenção de vantagem na prática do crime, bastando apenas que o réu, por ato voluntário e consciente, dispense ou não exija licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade (e-STJ fls. 99/101).

Das passagens acima reproduzidas, verifica-se que as instâncias de origem deixaram de se reportar a qualquer atitude do paciente capaz de caracterizar o necessário dolo específico de causar prejuízo ao erário, tendo apenas consignado que efetuava a compra de produtos diversos sem a realização do necessário procedimento licitatório, entendimento que, à toda evidência, contraria a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Não se olvida que a jurisprudência deste Sodalício, inclusive com precedentes deste Relator, posicionava-se no sentido de que para a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 seria dispensável a comprovação da ocorrência de prejuízo ao erário, sendo suficiente a ocorrência de dispensa irregular de licitação ou a não observância das formalidades legais.

Contudo, após o julgamento da Apn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que, para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, é imprescindível a comprovação do **dolo específico do agente em causar dano ao erário**, exigindo-se a efetiva comprovação do prejuízo à Administração Pública.

Confira-se:

AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 dano ao erário.

Ação penal improcedente.

(APn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012)

Assim, a partir do referido julgamento, os Órgão Fracionários com competência na matéria criminal passaram a sustentar que o tipo previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 exige a presença do elemento subjetivo específico, consistente na intenção de fraudar a licitação, bem como de causar prejuízo ao erário, consoante se depreende dos julgados abaixo colacionados:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO. ELEMENTOS NÃO TRAZIDOS NA INICIAL ACUSATÓRIA. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. DENÚNCIA INEPTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

1. No julgamento da Ação Penal n. 480/MG, consignou-se ser necessário, no que diz respeito ao crime descrito no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, que órgão acusador demonstre, desde logo, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo causado com a conduta. Não tendo o Ministério Público se desincumbido de demonstrar referidos elementos, verifica-se que a inicial acusatória se mostra inepta, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Recurso provido, para trancar a Ação Penal n.

0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goyatacazes, apenas com relação ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, por inépcia da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncia, sem prejuízo de que nova inicial seja apresentada.
(RHC 65.254/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 10/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL.
(...) CRIME CONTRA AS LICITAÇÕES PÚBLICAS. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. EXIGÊNCIA DO DOLO COM ESPECIAL FIM DE AGIR. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVOS DESPROVIDOS.

(...)

3. A sedimentada jurisprudência desta Corte exige a presença do dolo com especial fim de agir, para a tipificação do delito do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

4. Agravos regimentais desprovidos.

(AgRg no AREsp 582.568/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/12/2015)

Assim, mister o reconhecimento da atipicidade da conduta imputada ao paciente, já que, consoante as decisões objurgadas, não restou demonstrada no curso da instrução processual a sua intenção de causar dano ao erário, tampouco evidenciada a ocorrência de prejuízo à Administração.

Registre-se, por fim, que se a denúncia é natimorta, preferível que se passe desde logo o competente atestado de óbito, porque não há lugar maior para o extravasamento dos ódios e dos rancores do que a deflagração de uma *actio poenalis* contra pessoa reconhecidamente inocente.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0130270-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 325.713 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000534222008260047 4701200800053460000 534222008260047 622008

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FAHD DIB JUNIOR
ADVOGADO : FAHD DIB JUNIOR - SP225274
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ÂNGELO NÓBILE

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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