



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 272.295 - MG (2013/0192687-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**  
**IMPETRANTE** : REGINALDO DE OLIVEIRA SILVA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PACIENTE** : APARECIDA DE FATIMA CARVALHO OLIVIERI

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE EDUCAÇÃO. PROGRAMA DE CONTROLE ESCOLAR. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 CAPUT, DA LEI N. 8.666/1993. AUSÊNCIA DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

**1.** A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

**2.** Para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 é imprescindível a comprovação do dolo específico de fraudar a licitação, bem como de efetivo prejuízo ao erário. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

**3.** Mostra-se incongruente exigir a comprovação de dano ao patrimônio público, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração do ato de improbidade administrativa (previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992) e não para o crime de dispensa irregular de licitação. É dizer, a mesma conduta não pode ser irrelevante para o direito administrativo e, ao mesmo tempo, relevante para o direito penal, sob pena de ofensa ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal só deve ocorrer quando os demais ramos do direito não forem suficientes para a resolução da questão conflituosa.

**4.** Na espécie, a paciente e os corréus foram condenados, solidariamente, na esfera cível, a restituir aos cofres públicos a quantia de R\$ 736.134,00 (setecentos e trinta e seis mil, cento e trinta e quatro reais), corrigida a partir da data dos empenhos, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, computados da data da citação. Ocorre que a Primeira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.184.973/MG, interposto pelos corréus, reconheceu que o serviço foi efetivamente prestado e que não houve prejuízo ao município, razão pela qual determinou fosse retirado da condenação a imposição de devolver valores específicos ao erário, revelando que a Administração Pública não sofreu prejuízos.

**5.** Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício para extinguir a ação penal movida contra a paciente, ante a evidente falta de justa causa.

### 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, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de maio de 2014 (data do julgamento).

**MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.295 - MG (2013/0192687-2)

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Aparecida de Fátima Carvalho Olivieri denunciada – juntamente com outras pessoas – e condenada, pela prática da conduta descrita no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, à pena de 3 (três) anos de detenção, no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos e pagamento de 10 (dez) dias-multa, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo o seguinte excerto do relatório do acórdão impugnado (fls. 41/43):

Narra a denúncia que o denunciado Etelson Luiz de Líbero Hauck, valendo-se de sua condição de Diretor Presidente da empresa pública PRODAUB - Processamento de dados de Uberlândia - contratou a denunciada Aparecida de Fátima Carvalho para exercer o cargo de assessor de Diretoria, conforme Portaria 112, de 10 de março de 1998.

Aparecida de Fátima Carvalho foi exonerada em 12 de junho de 1998 e, já de conluio com Etelson Luiz de Líbero Hauck, constituiu a empresa INFORMEDUCA LTDA., com o objetivo de elaborar projetos de informática na área de educação, além de prestar consultoria, treinamentos e locação de mão-de-obra, em especial à PRODAUB, com capital social fixado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em 15 de julho de 1998.

Através de processo licitatório nº 26/98, na modalidade de dispensa/inexigibilidade nº 05/98, o denunciado Waltrudes Batista Lemos Júnior, então Diretor Técnico da PRODAUB, propôs a contratação da empresa INFORMEDUCA LTDA., sob a justificativa de que a mesma era especialista na área da educação, e que possuía "pessoal altamente capacitado na área pedagógica, para dar suporte ao projeto", em 24 de julho de 1998, conforme documento de f. 159.

Depreende-se ainda da denúncia que as partes celebraram contrato de prestação de serviços, fl. 157/162, e aditamentos, no total de cinco (05), conforme documentos de f. 18/19, 20/25, 42/49, 163/172, realizados em 31/03/99, 30/07/99, 01/03/2000, 19/07/2000 e 30/07/2000.

Ainda a empresa INFORMEDUCA LTDA., da primeira denunciada, contratou a empresa GDS Informática Ltda. para desenvolver um sistema de controle escolar, pagando pelo mesmo a quantia de quatro mil e dezoito reais e oitenta centavos (R\$ 4.018, 80) conforme



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documento de f. 174/175 e, em contrapartida, recebeu da PRODAUB a quantia de setecentos e trinta e seis mil, cento e trinta e quatro reais (R\$ 736.134,00), pelo pagamento do mesmo serviço, conforme f. 176/177, caracterizando a vontade de obter vantagem indevida, causando prejuízo ao erário.

De acordo com a exordial, apurou-se que os denunciados Aparecida e Etelson mantinham relacionamento amoroso e mediante prévia combinação criaram a empresa INFORMEDUCA LTDA., com a finalidade precípua de prestar serviços à PRODAUB. E, com a adesão do denunciado Waltrudes, então Diretor-Técnico da PRODAUB, o qual também estava conluiado com os demais, obtiveram a dispensa de licitação ao argumento da notória especialização da primeira denunciada, todavia, restou notório que a empresa INFORMEDUCA LTDA. não preenchia o requisito da singularidade da prestação de serviços, tampouco havendo notória especialização de sua representante legal.

Por fim, descreve a inicial acusatória que:

"Foram os princípios da licitação maculados intencionalmente com o intuito de obter proveito pessoal em desproveito da Administração Pública, tais como o da vantajosidade da proposta, ex vi do art. 3º, da Lei n. 8.666/93, da razoabilidade do preço etc.

Decorre ainda a nulidade do ato jurídico da justificação da inexigibilidade da licitação em face de faltar o preço, cfe. Art. 49, § 2º e 4º, da Lei n. 8.666/93.

Em verdade, como apontado supra, e fruto do ajuste dos denunciados, foi a empresa Informeduca Ltda. constituída em 15 de julho de 1998, e já em 31 do mesmo mês e ano, era contratada sem prévia licitação.

Paralelamente, o patrimônio dos denunciados cresceu de modo incompatível com os ganhos de cada um, notadamente o do denunciado Etelson Luiz de Líbero Hauck, ao adquirir bens móveis e imóveis ao logo do exercício de suas atividades como Diretor-Presidente da Prodaub (...)" (f. 02/07).

As partes recorreram da condenação.

A defesa de Aparecida sustentou, em preliminar, a "nulidade da sentença, por não se manifestar sobre as teses defensivas". No mérito, pediu "a absolvição por ausência de dolo na conduta da apelante e por ausência de prejuízo, restando, assim, a atipicidade de sua conduta". Sustentou, ainda, a tese de "inexistência da materialidade do delito, a ocorrência de erro de tipo e ausência de culpabilidade por parte da acusada". Por fim, requereu "a redução do valor da pena de multa e da prestação pecuniária" (fls. 56/57).

O Tribunal estadual, contudo, deu parcial provimento aos recursos defensivos "apenas para excluir das condenações dos apelantes as penas de multa e reduzir as prestações pecuniárias a eles impostas, determinando, ainda, o desbloqueio



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos bens do recorrente Etelson Luiz de Líbero Hauck", bem como ao recurso ministerial "para alterar o destinatário da prestação pecuniária, que deve ser revertida em favor da vítima" (fl. 102). Eis a ementa do acórdão (fl. 49):

APELAÇÃO CRIMINAL - PROCESSO PENAL - PRELIMINARES - PODER INVESTIGATIVO DO "PARQUET" - POSSIBILIDADE - REJEIÇÃO - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - SENTENÇA - AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM A ACUSAÇÃO - INOCORRÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE DA SENTENÇA COM RELAÇÃO ÀS TESES DEFENSIVAS - PENAL - RECURSOS DEFENSIVOS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENA DE MULTA - EXTIRPAÇÃO DA CONDENAÇÃO - NECESSIDADE - INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO REAL VALOR DA VANTAGEM AUFERIDA PELOS RÉUS - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - ALTERAÇÃO DE DESTINATÁRIO - IMPERIOSIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSOS DEFENSIVOS PROVIDOS EM PARTE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

01. O Ministério Público pode efetivar procedimento investigatório próprio, o que também faz parte de suas atribuições, por ser o titular da ação penal, nos termos do art. 129, I e VI e VIII, da Carta Magna.

02. Havendo o MM. Juiz singular examinado todas as teses defensivas na sentença, refutando-as mesmo que implicitamente, resta insubsistente o pleito de declaração de sua nulidade.

03. Se a sentença está em perfeita harmonia com os fatos contidos na exordial acusatória, não há falar-se em ausência de correlação.

04. Não configura nulidade o indeferimento de diligências requeridas, estando a decisão devidamente fundamentada, mormente porquanto a questão encontra-se preclusa e não houve demonstração de efetivo prejuízo.

05. Não há falar-se em absolvição se o conjunto probatório é firme e consistente em apontar a autoria e materialidade do crime de dispensa de licitação fora dos casos previstos, e de concorrência para este crime, sendo as condutas típicas, evidenciado o dolo dos recorrentes, emergindo clara a responsabilidade penal dos réus.

06. Não havendo identificação correta do lucro auferido ou auferível, a pena de multa deve ser extirpada da condenação.

07. Cediço que para a fixação do "quantum" da prestação pecuniária, mister analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e as condições socioeconômicas do agente. Assim, se o Sentenciante aplicou um montante exacerbado, imperiosa a minoração da pena pecuniária substitutiva imposta.

08. A prestação pecuniária destina-se, em primeiro lugar, à vítima, consoante dispões o § 1º do art. 45 do Código Penal.

Contra essa decisão colegiada foi interposto recurso especial. Todavia, não foi inadmitido nos termos da decisão de fls. 260/265 da Vice-Presidência do Tribunal



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mineiro.

Na sequência foram opostos embargos de declaração, que não foram conhecidos (fl. 277).

O impetrante alega, inicialmente, nulidade do processo por absoluta deficiência da defesa técnica da ora paciente apresentada pelo defensor anterior que, além de cometer erros na fase recursal, deixou de promover o recurso especial com base em teses de interesse da defesa as quais poderiam levar à absolvição da paciente, o que representaria o prejuízo causado pela suposta nulidade. Argumenta que "a simples presença física do defensor não é suficiente para a realização de uma defesa técnica efetiva cuja existência é imperativo do devido processo legal inerente ao processo penal, justificando-se, com isso, O FATO DO STJ TER EQUIPARADO A DEFESA MERAMENTE FORMAL COMO INSANÁVEL AUSÊNCIA DE DEFESA" (fl. 24).

Sustenta, ainda, que a condenação pelo crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 só é possível se comprovado o dano ao erário, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no julgamento do REsp 1.184.973, interposto pelos corréus, no qual a Primeira Turma reconheceu que não houve prejuízo aos cofres públicos, bem como determinou fosse excluída da condenação a obrigação de devolver o valor referente à contraprestação de serviço.

Diante disso, pede, liminarmente, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se abstenha de aplicar qualquer medida executória por conta dos fatos descritos na Apelação n. 1.0702.02.013887-2 e, ao final, seja extinta a ação penal originária em relação à paciente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 284/285.

As informações foram prestadas às fls. 294/298, 302/315, 317/353 e 357/396.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 397/409).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.295 - MG (2013/0192687-2)

### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Primeiramente, o impetrante sustenta haver constrangimento ilegal pela suposta ausência de defesa técnica. Na inicial, afirma que a questão está "entre a prolação do acórdão do TJ/MG condenando APARECIDA e a interposição de recurso especial em seu favor" (fl. 14). Esclarece que a paciente não tinha condições de pagar o valor exigido pelo então defensor para interpor o recurso especial e, por essa razão, constituiu uma advogada para promover a defesa, contudo, não obteve êxito.

Sobre o tema, cumpre ressaltar que o advogado habilitado para o exercício da profissão e nomeado pelo próprio réu para patrocinar sua causa tem autonomia para o exercício das atividades, nos termos da autorização legal conferida pelo art. 7º, I, da Lei n. 8.906/1994.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA N. 523 DO STF. ADVOGADO CONSTITUÍDO. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.*

[...]

2. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelo advogado constituído pelo paciente, pois atuou de acordo com a autonomia que lhe foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei n. 8.906/94.

[...]

(HC n. 229.306/MA, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, DJe 20/06/2013)

*HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE EFETIVA DEFESA. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REÚ DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR PROFISSIONAL HABILITADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. ORDEM DENEGADA.*

1. Ainda que se pudesse falar em nulidade absoluta - à míngua do trânsito em julgado do processo -, deveria o Tribunal de origem se manifestar sobre a questão a fim de promover a competência do Superior Tribunal de Justiça, o que, no caso, não ocorreu.

2. Uma vez que a defesa do acusado foi exercida por profissional habilitado e foram obedecidos todos os prazos processuais, não se pode, por mero inconformismo, assinalar como deficiente as ações daqueles advogados que atuaram dentro dos limites da autonomia profissional.

3. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa parte, denegado.

(HC n. 166.971/PR, Relator o Ministro **Honorildo Amaral de Mello Castro** (Desembargador Convocado do TJ/AP), DJe 06/12/2010)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O impetrante assegura que para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a comprovação de dano ao erário, circunstância já reconhecida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, sobre os mesmos fatos, no julgamento do Resp n. 1.184.973, interposto pelos corréus.

Eis os motivos apresentados pelo Tribunal de origem, no recurso de apelação, reconhecendo a procedência da condenação da paciente e corréus pelo delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (fls. 74/89):

De início, dúvidas não há quanto à materialidade delitiva em relação ao crime previsto no art. 89, da Lei 8.666/93.

A materialidade delitiva apresenta-se incontroversa diante da vasta documentação anexada nos autos, além da prova testemunhal colhida, e principalmente pelo procedimento de dispensa de licitação nº. 26/98 (f. 178/182), termo de justificativa (f. 193), contrato de prestação de serviços realizado entre as duas empresas (f. 195/202) e seus aditivos.

Em seguida, após feito o contrato de prestação de serviços entre INFORMEDUCA LTDA. e PRODAUB, a primeira contratou os serviços da empresa GDS Informática Ltda., com a finalidade de desenvolver um programa de controle escolar, pela importância de R\$ 4.018,80 (quatro mil, dezoito reais e oitenta centavos), conforme se vê pela nota fiscal de f. 214, datada de 27/12/1998, e, no entanto, recebeu da PRODAUB o valor de R\$736.134,00 (setecentos e trinta e seis mil e cento e trinta e quatro reais), para implantação de sistemas e instalação de projetos.

Ao exame destes autos, verifica-se que a empresa PRODAUB, representada pelos acusados Etelson e Waltrudes, Presidente e Diretor, respectivamente da citada empresa pública municipal, contrataram da empresa INFORMEDUCA LTDA., serviços de informatização na área pedagógica, dispensando-se o procedimento licitatório, sem, no entanto, haver necessidade para tanto.

Não obstante haja imensa divergência nos valores, e que realmente os serviços prestados podem ter sido além do valor contratado com a empresa GDS Informática Ltda., tal fato, por si só, não eximem os apelantes de suas responsabilidades, pois a conduta a eles imputada é que dispensaram/inexigiram licitação fora das hipóteses legais, contribuindo para isto a acusada Aparecida, motivo pelo qual sua capitulação restou classificada no art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Desta forma, pouco importa o valor das prestações de contas e se houve ou não prejuízo ao erário, bem como não se leva em consideração se ocorreu enriquecimento ilícito, porquanto o que se preza aqui é a moralidade pública.

[...]

A acusada Aparecida, ao ser ouvida no inquérito civil, confirmou que "(...) quando veio para Uberlândia manteve com Etelson Luiz de Líbero Hauck relacionamento amoroso de aproximadamente dois (2) anos", alegando ainda que sua empresa era obrigada a "emitir cheques aos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcionários Waltrudes e Joubert da PRODAUB" (f. 237).

Dúvidas não pairam quanto à prestação de serviços às escolas municipais, instalando-se programas de computadores e dando treinamento de capacitação aos professores, o que melhorou as condições profissionais nas escolas, conforme se verifica pelo teor dos depoimentos acostados aos autos à f. 1119/1128.

No entanto, a prestação efetiva do serviço contratado não retira a ilicitude da conduta dos acusados, dispensando-se o procedimento licitatório, quando, na verdade, deveria ter sido feito, porquanto não comprovada a notoriedade da especialização da acusada Aparecida no ramo da informática.

[...]

Da mesma forma não há que se falar em atipicidade da conduta, ante a ausência de prejuízo ao erário, porque se configura o delito, independente do prejuízo aos cofres públicos e, por tal motivo, não há também como acolher a tese de ausência de prova da materialidade, porque não foi realizado exame de corpo de delito, por ser este prescindível.

Não pairam dúvidas quanto ao serviço, que foi efetivamente prestado, como visto alhures. Todavia, prescinde de danos ao erário o crime previsto no art. 89, e no seu parágrafo único, da Lei 8.666/93, por se tratar de mero crime formal, bastando que tenha ocorrido a dispensa de licitação, fora das hipóteses legais.

Nesse norte, o entendimento jurisprudencial:

[...]

Registra-se, ainda, que as provas dos autos demonstram, inequivocamente, o dolo na conduta dos agentes, pelo simples fato de dispensarem a licitação, sob a alegação de sua inexigência para aquele caso, ante a notória especialização da acusada Aparecida.

O que mais comprova o dolo pré-existente na conduta dos agentes é o fato de que a apelante Aparecida foi contratada como assessora da diretoria da empresa pública municipal PRODAUB, em 10/03/1998 (f. 162), e, em seguida, foi exonerada do cargo (12/06/1998, f.163), vindo constituir a empresa INFORMEDUCA LTDA. já no dia 15/07/1998 (f. 164/169) e contratada para prestar serviços à PRODAUB em 24/07/1998 (f.193).

Ora, restou evidente pelas provas dos autos, como visto, que os acusados tinham sim dolo em suas condutas, vindo Aparecida a criar a empresa INFORMEDUCA LTDA. com a única finalidade de contratar com a empresa PRODAUB, para, posteriormente, terceirizar o serviço da empresa, por um preço bem inferior ao preço cobrado da PRODAUB, o que demonstra a existência do elemento subjetivo do tipo na conduta dos agentes, sendo, destarte, impossível se falar na existência de erro de tipo, seja por discriminante putativa, seja por erro de terceiros, como em vão sustenta a Defesa da ré Aparecida, porquanto comprovado nos autos sua ciência inequívoca das condutas que seriam praticadas pelos demais corréus, com seu aval, restando patente sua culpabilidade.

A testemunha LUCIANA MARADEI CARNEIRO DE REZENDE chegou a afirmar que "(...) Aparecida lhe disse que a empresa Informeduca



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havia sido montada para trabalhar junto à PRODAUB" (f. 224, confirmado em Juízo à f. 994), alegando também a apelante Aparecida que chegou a repassar cheques em favor de Waltrudes.

*In casu*, a prova é robusta e comprova o fato delituoso, mormente em razão da prova testemunhal e documental colhida, não sendo crível a versão da defesa de que Aparecida foi induzida a erro por Etelson, não sabendo sequer da necessidade da licitação, porquanto, como demonstrado, tendo ela um caso amoroso com Etelson, sendo exonerada de seu cargo de assessora da Diretoria da PRODAUB, com o fim de constituir uma empresa para contratar com a PRODAUB, tal fato é o suficiente para demonstrar que tinha ciência e aderiu à conduta criminosa dos demais, devendo responder realmente pelo delito previsto no art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93, pois veio a contratar com o Poder Público de forma fraudulenta.

Ora, trabalhando diretamente para a PRODAUB sabia ela ou ao menos deveria saber que uma empresa pública necessita de realizar licitações para adquirir produtos e contratar serviços.

Por fim, a existência de um parecer jurídico (f. 191/192) opinando pela dispensa de licitação não é o suficiente para descaracterizar o crime, porquanto presentes todos seus requisitos legais.

Pelo robusto lastro probatório contido nos autos, impossível se acolher o pleito absolutório das defesas dos apelantes, porquanto nenhuma das teses suscitadas encontra sustentáculo, conforme visto alhures.

Como se vê das transcrições, o Tribunal revisor reconheceu a tipicidade da conduta praticada independentemente da comprovação de prejuízo ao erário.

De fato, o delito imputado à paciente busca proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa. A opção política está balizada, dúvidas não há, pela regra geral de obrigatoriedade de licitação para as contratações públicas – art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Dessa forma, a inexigibilidade do procedimento administrativo configura excepcionalidade limitada à inviabilidade de competição, nos termos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993. Nesse contexto, encaminhar-me-ia no sentido de reconhecer a idoneidade da fundamentação adotada em segundo grau. Ocorre, porém, que o caso guarda peculiaridades que merecem maiores considerações.

Observem que há muito o entendimento prevalecente na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se exigir o dolo específico e o efetivo dano ao erário para caracterizar o crime do art. 89 da Lei de Licitação, senão vejamos:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO FORO TRABALHISTA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA CIDADE DE SÃO PAULO. CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA INSTALAÇÃO DE PISO ELEVADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART 304 DO CÓDIGO PENAL). DELITO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTO NO ART. 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 89 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DOLO E ATUAÇÃO EM CONCURSO DE AGENTES. CONTRATAÇÃO LASTREADA EM PARECERES TÉCNICOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

1. Ação penal originária veiculando as condutas descritas nos arts. 29, 304 e 319 do Código Penal c/c arts. 84, § 2º; 89 e seu parágrafo único; 92; 99, § 1º da Lei de Licitações.

[...]

7. O tipo previsto no artigo 89 e seu parágrafo único reclama dolo específico, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte.

[...]

9. O delito previsto no parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/93, imputados aos co-réus pressupõe dolo, não comprovado nos autos, bem como, sequer o mínimo resquício de proveito em benefício próprio advindo do contrato. 10. Sob este último aspecto, advirta-se que o delito é de resultado, reclamando prejuízo ao erário.

17. Acusação improcedente, ou, *ad eventum*, atipicidade da conduta que conduz à improcedência a ação penal.

(Apn n.º 214/SP, Corte Especial, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 1/7/2008.)

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 n.º 375/AP, Corte Especial, Relator o Ministro **Fernando Gonçalves**, DJU de 24/4/2006.)

**C - 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.º 261/PB, Corte Especial, Relatora a Ministra **Eliana Calmon**, DJU de 5/12/2005.)

Esse entendimento foi ratificado na sessão da Corte Especial ocorrida aos 29 de março de 2012, por ocasião do julgamento da Apn n. 480/MG, oportunidade na qual se reconheceu que para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 a comprovação do dolo específico e do dano concreto ao erário afigura-se necessária, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer às normas legais do procedimento licitatório.

No Informativo n. 494/STJ, de 26 de março a 3 de abril de 2012, o mencionado julgamento foi assim noticiado:

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, Relatora originária Min. Maria Thereza de Assis Moura, Relator para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/3/2012.)

Vale ressaltar, ainda, que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inq n. 2.482/MG, realizado aos 15 de setembro de 2011, firmou a mesma orientação no sentido de se exigir a demonstração do dolo específico, bem como o efetivo prejuízo aos cofres públicos para caracterizar o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Destaco do referido julgamento o voto do Ministro Dias Toffoli:

Senhor Presidente, leio o tipo pelo qual está denunciado o acusado:

'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.'



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mas vou ao art. 99 da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

'Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.'

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator. (grifei)

Entendo, com a devida vênia dos que pensam em contrário, que essa posição é mais condizente com os princípios norteadores do direito penal, notadamente o da intervenção mínima, associado aos da subsidiariedade, da fragmentariedade e da ofensividade.

Esses princípios, em resumo, indicam que o direito penal só pode atuar em última hipótese (*ultima ratio*), isto é, somente quando houver ofensa concreta ao bem jurídico tutelado, bem como quando os outros ramos do direito, tais como o direito civil, administrativo, dentre outros, não forem suficientes para resolver a questão.

No caso do art. 89, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, o tipo penal tem como destinatário o administrador ou o terceiro que contrata com a Administração Pública que atua de má-fé, em conluio, isto é, visando locupletar-se com o dinheiro público, e não aos supostamente inexperientes ou que agem sem a devida cautela. Para estes, a incidência do direito penal, esfera de poder máximo do Estado, não seria razoável e nem proporcional.

É que existe a possibilidade de punição por meio de sanções administrativas, tais como a imposição de multa pelo Tribunal de Contas, ou até mesmo o ajuizamento de ação civil pública, em razão da prática de ato previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, o qual dispõe que constitui ato de improbidade administrativa "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente".

Logo, existindo sanções de outros ramos do direito suficientes a punir o agente público que age sem a devida cautela ou por inexperiência, não há que se falar em intervenção do direito penal, devendo este atuar somente nos casos de comprovada má-fé ou fraude na dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação.

Outro ponto que merece destaque e serve também para mostrar o acerto do entendimento da Corte Especial é o fato de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que para configurar ato de improbidade administrativa do art. 10, incisos I a XV, da Lei n. 8.429/92, dentre eles o de "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente", é necessário que ocorra efetivo dano ao erário (AgRg no REsp n. 1.199.582/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 9/2/2012).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, conquanto as esferas penal e cível sejam independentes, a prevalecer o entendimento de que para configurar o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 seria prescindível a comprovação de efetivo prejuízo ao erário, teríamos uma situação um tanto desproporcional, tendo em vista que determinada conduta de dispensar indevidamente procedimento licitatório, em que não ocorresse dano aos cofres públicos, seria considerada crime, mas não improbidade administrativa.

Noutras palavras, a mesma conduta seria irrelevante para o direito administrativo, tendo em vista a inexistência de efetivo prejuízo ao erário, e relevante para o direito penal, o qual deve atuar em última hipótese, situação que claramente vai de encontro aos princípios anteriormente mencionados.

Ressalto, por oportuno, que a Sexta Turma desta Corte passou a adotar esse entendimento, por ocasião do julgamento do HC n. 164.172/MA, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior. Confira-se:

*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. NECESSIDADE.*

**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 n. 164.172/MA, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 21/5/2012)

Entendo aplicável, ao caso destes autos, o que ficou estabelecido nos precedentes das ementas acima transcritas. Isso porque, na espécie, não ficou comprovado o efetivo prejuízo ao erário.

Ressalte-se que o acórdão foi enfático ao afirmar que "dúvidas não pairam quanto à prestação de serviços às escolas municipais, instalando-se programas de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

computadores e dando treinamento de capacitação aos professores, o que melhorou as condições profissionais nas escolas, conforme se verifica pelo teor dos depoimentos acostados aos autos à f. 1119/1128". Todavia, a Corte revisora concluiu que a tipificação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.888/1993 prescinde de comprovação de dano ao erário.

Importante destacar que a paciente e os corréus foram condenados, solidariamente, na esfera cível, a restituir ao erário a quantia de R\$ 736.134,00 (setecentos e trinta e seis mil cento e trinta e quatro reais), corrigida de acordo com os índices da CGJ, a partir da data dos empenhos, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, computados da data da citação. Impôs, ainda, aos réus, entre eles a ora paciente, *i*) a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 3 (três) anos, *ii*) receber benéficos ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritário, e, *iii*) em relação aos apelados Waltrudes Batista Lemos Júnior e Aparecida de Fátima Carvalho, a perda da função pública que eventualmente estivessem exercendo e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos (informações colhidas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

A referida condenação foi debatida na Primeira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.184.973/MG, interposto pelos corréus, no qual pugnaram pelo reconhecimento de inexistência da prática de ato de improbidade administrativa do art. 10, VIII, da LIA e, alternativamente, pelo afastamento da condenação de restituir ao erário as quantias pagas pelos serviços prestados, dentre outros pedidos.

Em julgamento realizado no dia 16/10/2010, os membros do colegiado julgador deram parcial provimento ao recurso. Eis a conclusão do julgamento:

Por fim, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública" (REsp 728.341/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 18/3/08). Nesse sentido: REsp 772.241/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 24/6/09; REsp 861.566/GO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 23/4/08.

In casu, o serviço foi prestado (fls. 3.010/3.013), de forma a justificar o necessário decote da condenação da imposição de se devolver aos cofres públicos a quantia de R\$ 736.134,00, pagos a título de prestação de serviços, sob pena de enriquecimento ilícito da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### Administração Pública.

Efetivamente, esta conclusão reafirma que o serviço contratado pela empresa INFORMEDUCA LTDA. (desenvolver software de controle escolar) da qual a paciente era sócia, foi executado e a determinação de retirar da condenação a imposição de devolver valores específicos ao erário revela que a Administração Pública não sofreu prejuízos.

Ademais, se a paciente foi responsabilizada na esfera jurídica própria por violação ao art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, entendo não haver razões a justificar a instauração da ação penal.

Diante de todas essas considerações, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para extinguir a ação penal movida contra a paciente, ante a falta de justa causa.

É o voto.

Juntem-se as informações.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0192687-2

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 272.295 / MG**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01388722120028130702 10702020138872 10702020138872001 1388722120028130702

EM MESA

JULGADO: 15/05/2014

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### AUTUAÇÃO

|            |                                                 |
|------------|-------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : REGINALDO DE OLIVEIRA SILVA                   |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
| PACIENTE   | : APARECIDA DE FATIMA CARVALHO OLIVIERI         |
| CORRÉU     | : WALTRUDES BATISTA LEMOS JÚNIOR                |
| CORRÉU     | : ETELSON LUIZ DE LIBERO HAUCK                  |

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.