



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.145 - ES (2014/0065320-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : TATIANA COSTA JARDIM
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO
PACIENTE : FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA

EMENTA

PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA RECONHECIDA.

1. Nos autos da Ação Penal n.º 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício acolheu, por maioria, a tese de ser imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no artigo artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Na hipótese em apreço, a própria denúncia, de modo expresso, afirma que não houve prejuízo, pois teria sido o montante relativo à burla da licitação devolvido, devidamente corrigido.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal, por falta de justa causa, estendendo, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, os efeitos da decisão aos demais acusados que ainda figuram no processo.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, com extensão aos corréus Carlos José Cardoso, Fabiano Geaquinto Herkenhoff, Pedro Alcântara Costa e Nilton Gomes Oliveira, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 14 de abril de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.145 - ES (2014/0065320-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : TATIANA COSTA JARDIM
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO
PACIENTE : FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Ação Penal n.º 0001671-46.2012.4.02.0000).

Segundo colhe-se dos autos, o Ministério Público Federal, perante o Juízo da Primeira Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo, ofereceu denúncia contra o paciente e mais quatro pessoas, por práticas descritas no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 359-D do Código Penal, tendo o magistrado recebido em parte a acusação contra o paciente, apenas no tocante ao primeiro delito, nos termos que se seguem (fls. 40/45):

Trata-se de denúncia ofertada em face de CARLOS JOSÉ CARDOSO, FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF, FLAVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, NILTON GOMES OLIVEIRA e PEDRO ALCANTARA COSTA, todos acusados da prática do crime previsto no artigo 89, caput, da Lei n.º 8.999/93.

Os quatro primeiros denunciados são igualmente acusados pelo crime de ordenar despesa não autorizada por lei, previsto no artigo 359-D do Código Penal.

Sobre o crime previsto no artigo 359-D do Código Penal.

A despeito da abrangente locução "despesa não autorizada em lei", o crime de ordenação de despesa não autorizada tem um objeto específico. Cuida-se de tipificação penal da conduta proibida pelo artigo 167, II da Carta da República: "são vedados: (...) a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais".

Segundo a Lei n.º 4.320/64, a realização de despesas públicas resulta do seguinte encadeamento de atos jurídicos: autorização legislativa, constante da Lei Orçamentária Anual ou sob a forma de créditos adicionais (arte. 4.º e 40), empenho (art. 58), liquidação (art. 63), e pagamento (arts. 62, 64 e 65).

Especificamente, a ordem de pagamento da despesa só pode ser exarada após sua regular liquidação que, segundo o artigo 63, § 2.º, terá por base o contrato, ajuste ou acordo respectivo, a nota de empenho e os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Interpretar o tipo consistente em "ordenar despesa não autorizada por lei" como "ordenar despesa cujo pagamento decorra de ato administrativo ilegal", seria transformar o artigo 359-D do Código Penal em escoadouro de praticamente todas as condutas geradoras de prejuízo para o Erário.

Tenho que "ordenar despesa não autorizada em lei" corresponde a fazê-lo mediante empenho que excede o limite dos créditos concedidos (Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 4.320/64, art. 59), ou em valor superior àquele empenhado. Por certo que a ilegalidade na formação e execução de contratos administrativos tem tipificação própria na Lei nº 8.663/93.

Considerando que o núcleo do tipo consiste em "ordenar", e não em "empenhar", o crime depende do empenho excessivo, seguido de ordenação de pagamento, ou de ordenação superior ao empenho feito legitimamente.

Segundo narra a denúncia, o Quinto Termo Aditivo ao Contrato n.º 18/2000 foi feito sem cobertura orçamentária e o pagamento de R\$ 551.400,00 à Blokos Engenharia Ltda. teria sido precedido pelo Sétimo Termo Aditivo "e, por conseguinte, pelo 5.º, tendo em vista que aquele é bem semelhante a este, bem como pelo Convênio n.º 4.145/2001".

Ocorre que, consoante informação de fls. 336 do Volume I do Apenso I ao inquérito policial que instrui a denúncia, "de acordo com o sétimo termo aditivo ao contrato n.º 18/00, o valor destinado a terceira etapa da obra foi de R\$ 10.832.218,65, excedendo em R\$ 7.385.968,65 o valor conveniado", e que "o empenho da despesa só foi possível em virtude da anulação de empenho nos processos 17094978 e 22042350".

Resulta que o valor conveniado correspondia a R\$ 3.443.250,00, superior assim aos R\$ 551.400,00 supostamente pagos, e a justa causa para a ação penal por tal crime dependeria da demonstração de dois fatores cumulativos: a anterior realização de despesas que comprometessem mais de R\$ 2.894.850,00 e a ilegalidade da anulação dos empenhos mencionados acima.

Nada disso consta da denúncia, motivo pelo qual devo rejeitá-la quanto ao crime previsto no artigo 359-D do Código Penal, por força do disposto no artigo 395, III de estatuto processual penal.

Sobre o crime previsto no artigo 89, caput, da Lei n.º 8.666/93.

O Ministério Público Federal atribui aos réus a conduta consistente em "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade".

Conquanto pareça mais adequada a capitulação da conduta ao tipo previsto no artigo 92 daquela lei, bem como ao seu parágrafo único, reputo prematura a emendatio libelli e passo a analisar a pretensão qual apresentada.

A participação do réu FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF é descrita desta maneira na sétima página da peça inaugural:

O segundo Denunciado, FABIANO GEAQUINO HERKENHOFF, emitiu Parecer Jurídico favorável ao 5.º Termo Aditivo, instrumento jurídico apto a dar respaldo ao referido Termo. Ao ser precedido de parecer eminentemente político assinado pelo quarto Denunciado, o Acusado, revestido do dever jurídico-funcional de analisar a conformidade do ato com a lei, ao elaborar parecer jurídico opinando favoravelmente ao aditamento, deixou de alertar as autoridades para as limitações que a lei exigia para o aditamento, coadunando, portanto, com a dispensa obrigatória da licitação. Sua conduta reverberou na autorização do pagamento de R\$ 551.400,00 (...) à Blokos Engenharia.

O entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade de advogados de Estado por atos dessa natureza era o seguinte: "

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F.,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art 70, parág único, art. 71, II, art. 133. Lei n.º 8.906, de 1994, art 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello. "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art 32. III. - Mandado de Segurança defendo (STF. Mandado de Segurança n.º 24073/DF - Relator: Min. Carlos Velloso. Data de Julgamento: 06/11/2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.)

Debruçando-se novamente sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal enriqueceu aquela construção jurisprudencial e adotou o seguinte posicionamento:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos (STF. Mandado de Segurança n.º 24584/OF - Relator: Min Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/08/2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.)

O acórdão assim ementado resultou de fecunda discussão travada entre os Ministros daquela Casa, estando seus votos (favoráveis e contrários) intercalados com intensos debates, integralmente transcritos ao longo de suas cento e sete folhas.

A atuação de FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF não alcança a aprovação do Quinto Termo Aditivo ao contrato, limitando-se o Procurador do Estado a emitir sua opinião e responder à consulta formulada pelo ofício de fls. 71 do inquérito policial.

Deixo claro que discordo das opiniões ali externadas. Reputo inadmissível que possa "o Administrador ultrapassar os limites impostos pela legislação" ou que, em algum momento, mostre-se "inviável e restritiva (...) a fixação de ponto de vista onde a Administração tenha que, rigorosamente, cumprir o instrumento convocatório e os limites legais".

Contudo, bem mais grave seria tolher a independência dos advogados públicos e submetê-los a processo penal por seus pareceres.

De mais a mais, o réu não tinha o "dever jurídico-funcional de analisar a conformidade do ato com a lei", mas com o Direito.

Apenas mediante demonstração de ter sido a lavra do parecer motivada por interesse ou vantagem pessoal, seria plausível atribuir, à mera redação de parecer, natureza jurídica de concausa da conduta aparentemente criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na falta de suporte probatório mínimo em sentido contrário, considero que FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF agiu no regular exercício de seus deveres legais e, portanto, não vislumbro justa causa sequer para obrigá-lo a apresentar resposta escrita para, logo em seguida, fatalmente absolvê-lo na forma do artigo 397,1 do Código de Processo Penal.

Quanto aos demais denunciados, encontro presentes as condições para o regular exercício da ação penal e afastadas as hipóteses dos artigos 395 e 514 do Código de Processo Penal.

ISSO POSTO:

1. REJEITO A DENÚNCIA quanto ao crime previsto no artigo 359-D do Código Penal, na forma do artigo 395, III do Código de Processo Penal;

2. REJEITO A DENÚNCIA oferecida em face de FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF, na forma do artigo 395, III do Código de Processo Penal;

3. ACOLHO A DENÚNCIA oferecida em face de CARLOS JOSÉ CARDOSO, FLAVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, NILTON GOMES OLIVEIRA e PEDRO ALCANTARA COSTA pela conduta tipificada na denúncia como o crime do artigo 89, caput, da Lei n.º 8.666/93.

Citem-se para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, na forma dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal.

Posteriormente, nova decisão foi proferida pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição (fl. 225), no sentido de reconhecer foro por prerrogativa de função ao corréu Nilton Gomes de Oliveira, mas negá-la para o ora paciente, o que motivou o manejo de recurso em sentido estrito, de cujo acórdão extrai-se a seguinte ementa (fls. 49/50):

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1 - A competência especial por prerrogativa de função, relativamente aos membros da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, é do TRF da 2ª Região, nas infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas autarquias e empresas públicas.

2 -À luz do princípio da simetria, tratando-se de crime sujeito à Justiça Federal, transfere-se a competência originária do Tribunal de Justiça local, nos termos da Constituição Estadual, para o Tribunal Regional Federal, por força da norma do art. 109, IV, da Constituição da República.

3 - Recurso provido.

Distribuída a ação penal no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, depois de o membro do Ministério Público Federal que atua naquela Corte ter ratificado a denúncia anteriormente oferecida, a relatora, em questão de ordem submetida ao colegiado, ratificou o recebimento da peça acusatória ocorrido em primeiro grau de jurisdição, bem como a defesa preliminar lá apresentada e julgada pelo magistrado.

Eis os fundamentos do julgado (fls. 51/54):

Trata-se de ação penal distribuída a minha relatoria, no âmbito desta 1ª



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção Especializada, em razão do julgamento de recuso em sentido estrito pela 2ª Turma Especializada (2005.50.01.004898-9), de relatoria da eminente Desembargadora Federal Nizete Lobato, que reconheceu a competência especial por prerrogativa de função deste Tribunal quanto ao julgamento dos membros da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, nas infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas Autarquias e Empresas Públicas.

Tal recurso foi interposto por FLAVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, ex-Procurador-Geral do Estado do Espírito Santo e atual membro daquela Procuradoria, para reforma da decisão do Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES, que determinou a remessa dos autos a este Tribunal em virtude do foro por prerrogativa de função do Deputado Estadual NILTON GOMES OLIVEIRA, não tendo sido reconhecida igual prerrogativa ao recorrente.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de CARLOS JOSÉ CARDOSO, FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF, FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, NILTON GOMES OLIVEIRA e PEDRO ALCANTARA COSTA, pela prática do delito previsto no artigo 89, caput, da Lei nº 8.999/93, tendo sido os quatro primeiros também denunciados pelo delito previsto no artigo 359-D, do Código Penal, em razão de supostas irregularidades orçamentárias nos 5º e 6º termos aditivos do contrato 18/2000 assinado entre a sociedade empresária Blokos Engenharia, a Secretaria de Saúde SESA e o Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP, resultando em eventual superfaturamento nas obras de conclusão da 2ª etapa do Hospital Geral Infantil de Vila Velha/ES.

Em decisão acostada às fls. 23/28, a denúncia foi recebida em relação a CARLOS JOSÉ CARDOSO, FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, NILTON GOMES OLIVEIRA e PEDRO ALCANTARA COSTA pela conduta tipificada no artigo 89 da Lei 8.666/93, ao passo que foi rejeitada quanto ao delito previsto no artigo 359-D, do Código Penal, na forma do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, assim como rejeitada integralmente em relação a FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF, na forma do artigo 395, III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal foi cientificado desta decisão às fls. 28v.

Na decisão de fls. 176/178, foram analisadas as respostas à acusação apresentadas pelos acusados, concluindo o Juízo a quo pela impossibilidade de absolvição sumária, designando data para o interrogatório dos acusados, na forma do artigo 104 da Lei 8.666/93.

Na data designada, foram interrogados os acusados FLÁVIO, NILTON e PEDRO, ao passo que o acusado CARLOS não compareceu, tendo sido indeferida pelo Juízo a quo a aplicação do novo rito previsto no Código de Processo Penal, sem prejuízo de os acusados postularem pela oportunidade de serem novamente interrogados ao final da instrução, consoante assentada de fls. 197/199.

Na decisão de fls. 254, o Juízo a quo acolheu integralmente a manifestação do Parquet Federal (fls. 237/243), para determinar a remessa dos autos a este Tribunal em razão da prerrogativa de foro apenas do acusado NILTON GOMES OLIVEIRA, Deputado Estadual do Estado do Espírito Santo.

Por conseguinte, após o julgamento do recurso em sentido estrito mencionado, que assentou também a prerrogativa de foro do acusado FLÁVIO NOGUEIRA, foram os autos distribuídos a minha relatoria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, há que se ratificar os atos decisórios praticados em sede de primeiro grau de jurisdição, uma vez que competente à época para o processamento e julgamento do feito.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal oficiante neste Tribunal ratificou a denúncia oferecida, consoante fls. 375.

No que tange à decisão de recebimento da denúncia, bem como à que analisou as respostas à acusação, ratifico-as integralmente, tendo sido devidamente fundamentado tanto o recebimento no que pertine ao delito previsto no artigo 89, da Lei 8666/93, quanto à rejeição da exordial acusatória no tocante ao delito elencado no artigo 359-D, do Código Penal, bem como em relação a FABIANO GEAQUINTO HERKENHOFF.

Sob outro giro, há que se adotar o novo procedimento do CPP no que pertine à instrução processual, vez que, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, entendeu que as modificações empreendidas pela Lei nº 11.719/2008, devem ser também aplicadas subsidiariamente às ações penais originárias, por serem mais benéficas à defesa (AP 528 AgR, Relator: Min. Ricardo Levandowski, julgado em 24/03/2011).

Com efeito, tal como assentou o Pretório Excelso, a fixação do interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução caracteriza prática benéfica à defesa, devendo prevalecer nas ações penais originárias em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90, da mesma forma que, a meu sentir, também deve prevalecer sobre o procedimento previsto na Lei 8.666/93, que prevê o interrogatório como ato inicial.

Ademais, ainda que já tenha sido realizado o interrogatório de alguns acusados, ressalva consignada naquele julgamento do Supremo para a aplicação do novo procedimento, foi requerida por um dos acusados a adoção do novo procedimento do CPP.

Por conseguinte, considerando que o feito chegou a esta instância ainda no início da instrução processual, entendo contraproducente manter o interrogatório feito inicialmente para, ao final da oitiva de todas as testemunhas, proceder ao reinterrogatório dos acusados.

Desta forma, entendo que a instrução deve ser novamente realizada, pautando-se pelos artigos 399 e seguintes do Código de Processo Penal, mediante a expedição de carta de ordem ao Juízo originário, com fundamento no artigo 9º, § 1º, da Lei nº 8.038/90, que dispõe acerca da delegação de competência para a realização dos atos de instrução.

Face ao exposto, acolho a presente questão de ordem para RATIFICAR as decisões de fls. 23/28 e 176/178, proferidas pelo Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES, bem como determino a expedição de carta de ordem para realização de nova instrução processual, nos termos acima expostos.

E como voto.

A defesa do ora paciente, então, após o julgamento transcrito, peticionou nos autos originários, pleiteando o reconhecimento de nulidade absoluta do processo, porque não teria o representante do *Parquet* federal atribuição constitucional para ofertar denúncia contra quem tem foro por prerrogativa de função, assim, em consequência, não poderia o Tribunal de origem ter ratificado o recebimento da peça acusatória que se deu em primeiro grau de jurisdição por magistrado que não tinha competência para fazê-lo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Desembargadora Relatora indeferiu o pedido do acusado, consoante a seguinte fundamentação:

Fls. 412/415: Trata-se de petição de FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA pugnando seja reconhecida a nulidade absoluta do feito, determinando seu imediato arquivamento, devendo o Ministério Público Federal de segundo grau ofertar nova denúncia sobre os fatos, caso compreenda devido.

Sustenta o acusado que o representante do Ministério Público Federal de primeiro grau não possuía competência para ofertar denúncia em desfavor do mesmo, como também não possuía o Juiz de primeiro grau competência para recebê-la ou rejeitá-la, visto que à época já ocupava o cargo de Procurador do Estado do Espírito Santo.

Em manifestação de fls. 426/429, opina o Ministério Público Federal pelo regular prosseguimento do feito, aduzindo, preliminarmente, que a defesa do acusado deveria ter interposto recurso quando da prolação do acórdão da questão de ordem, razão pela qual tal questão encontra-se preclusa, ressaltando, ainda, que não existem vícios na decisão.

É o breve relatório. DECIDO.

Não assiste razão à defesa do acusado.

Inicialmente, como bem observou o Parquet Federal, não pode a defesa do acusado se insurgir contra uma decisão que já foi publicada há quase três meses, argumentando haver nulidade absoluta no fato de o MPF oficiante em primeiro grau não ter atribuição para denunciar, bem como o Juízo a quo não ter competência para receber a denúncia.

Ora, através de uma simples leitura do voto, ementa e acórdão da questão de ordem julgada pela 1ª Seção Especializada deste Tribunal observa-se que o que se buscou foi justamente reanalisar e, em havendo concordância, ratificar o recebimento da denúncia pelo próprio Tribunal, a fim de afastar eventual alegação de nulidade.

Ainda que assim não fosse, sobreleva notar que foi determinada a realização de uma nova instrução criminal, ou seja, além de o Tribunal ter analisado e ratificado o recebimento da denúncia, nenhum ato procedido pelo Juízo a quo antes do recebimento por esta Corte foi conservado, razão pela qual não se vislumbra nenhum prejuízo ao acusado.

Com efeito, foi adotado o novo procedimento do CPP no que pertine à instrução processual, vez que, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, entendeu que as modificações empreendidas pela Lei nº 11.719/2008, deveriam ser também aplicadas subsidiariamente às ações penais originárias, por serem mais benéficas à defesa (AP 528 AgR, Relator: Min. Ricardo Levandowski, julgado em 24/03/2011).

Desta forma, INDEFIRO o pedido do acusado, devendo ser mantido o regular prosseguimento do feito, observando, por fim, que esta Relatora não tolerará medidas de cunho procrastinatório.

Neste *writ*, o impetrante afirma que não há justa causa para a ação penal em comento, pois a perseguição não se arrima em um mínimo de suporte probatório que possa demonstrar ter agido o paciente com dolo de participar da empreitada criminosa, capitulada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela acusação no art. 89 da Lei nº 8.666/1999.

Sustenta que a assinatura do paciente nos Termos Aditivos ao contrato n.º 18/00 se deu em razão de sua condição de Procurador-Geral do Estado do Espírito Santo à época, aprovando os termos do parecer técnico do Dr. Fabiano Herkenhoff, e não como ordenador de despesa.

Assere que *"a representação do Estado tinha como fundamento a aprovação anteriormente feita pela própria Procuradoria Geral, sem a qual nenhum acordo de vontades para formação de vínculo obrigacional poderia ser realizado."* (fl. 13).

Assim, conclui que a assinatura lançada no referido contrato era mera confirmação dos termos do parecer técnico externado pela Procuradoria quanto a legalidade do ato, não sendo possível imputar ao paciente qualquer responsabilidade penal.

Destaca que, após o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo "esperava o paciente fossem os autos remetidos ao Ministério Público Federal Regional para que o I. representante do *parquet* requeresse seu arquivamento, determinasse a instauração de novo inquérito policial, ou ainda, oferecesse nova denúncia, caso possuísse elementos, o que surpreendentemente não ocorreu" (fl. 18), limitando-se aquele órgão a ratificar os termos da denúncia já oferecida.

Diante disso, afirma que a denúncia é nula, porque a instauração e conclusão do inquérito policial contra investigado com foro de prerrogativa de função dependem de autorização do Tribunal competente, o que não ocorrera.

Por fim, defende que há, nos autos originários, ofensa ao devido processo legal.

Isso porque, sob seu ponto de vista, "a ratificação dos termos da denúncia pela autoridade competente constitui novo oferecimento de denúncia, sendo, portanto, indispensável, que todos os atos processuais sejam novamente realizados, pois somente agora nasce verdadeiramente a ação penal" (fl. 27).

Afirma também que os processos em curso nos Tribunais devem obedecer ao rito processual estabelecido pela Lei n.º 8.038/90, de maneira que antes do recebimento da denúncia, os réus deveriam ser notificados para apresentar resposta à acusação no prazo de 15 (quinze) dias, sendo-lhes facultado apresentar sustentação oral antes da deliberação da Corte sobre o recebimento ou não da inicial.

Requer, liminarmente, seja determinada a suspensão da ação penal n.º 2012.02.01.001671-3, até o julgamento final deste *writ*.

No mérito, requer o trancamento da ação penal, em relação ao ora paciente, reconhecendo-se a ausência de justa causa para sua propositura. Subsidiariamente, pede o reconhecimento da nulidade do feito, "seja em razão da imprestabilidade da denúncia, seja em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da inobservância dos preceitos do devido processo legal" (fl. 31).

Indeferida a liminar (fls. 78/81) e prestadas informações (fls. 117/148), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 151/162).

Neguei seguimento ao pedido (fls. 165/170), reconsiderando a decisão em 2 de março de 2015 (fls. 207/210).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.145 - ES (2014/0065320-0)

EMENTA

PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA RECONHECIDA.

1. Nos autos da Ação Penal n.º 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício acolheu, por maioria, a tese de ser imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no artigo artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Na hipótese em apreço, a própria denúncia, de modo expresso, afirma que não houve prejuízo, pois teria sido o montante relativo à burla da licitação devolvido, devidamente corrigido.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal, por falta de justa causa, estendendo, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, os efeitos da decisão aos demais acusados que ainda figuram no processo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

No caso concreto, consoante se depreende do relatório, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto pela defesa do ora paciente, concluiu, de forma expressa, que tinha ele foro por prerrogativa de função por ser Procurador do Estado do Espírito Santo, podendo-se afirmar, então, versar a espécie não apenas "*alteração*" de competência superveniente, como ocorre quando o réu até então não ocupava cargo que pudesse alterar o juízo processante, mas de incompetência absoluta, *ab initio*.

Nesse contexto, penso, há, portanto, nulidade, não só pelo fato de o paciente ter sido processado perante juízo incompetente e que, por isso mesmo, proferiu decisão nula de recebimento da denúncia oferecida por quem não tinha atribuição para tal (Ministério Público Federal em primeiro grau de jurisdição), mas também pela constatação de ter havido infringência ao rito da Lei nº 8.038/1990, pois ratificada a denúncia e seu recebimento, já no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sem que oportunizada à defesa se pronunciar antes da sessão de julgamento respectiva.

Nada obstante, fiquei vencida em ambos os temas, no julgamento do HC nº 238.129/TO, no qual firmou a maioria da Sexta Turma que não há nulidade na ratificação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos judiciais, inclusive decisórios, nos casos de incompetência absoluta desde início, como ocorre na espécie, e nem quando a alteração de competência se dá de modo superveniente, pelo que ressalvo meu ponto de vista e acompanho o entendimento predominante para afastar qualquer nulidade na espécie.

Confira-se o seguinte excerto do julgamento mencionado:

A competência, estabelecida para os diversos órgãos jurisdicionais, quando fixada a partir de regras do sistema, *a priori*, não se modifica, em obediência ao princípio do juiz natural. Uma das hipóteses em que se viabiliza a sua modificação, sem ofensa ao referido princípio, ocorre quando há alteração *ratione personae*, fruto do cargo ou da função que alguém venha a ocupar no curso do processo.

Assim, iniciada a ação penal perante o juízo comum de primeira instância, com a superveniência de condição que atraia o foro especial por prerrogativa de função, deve o processo ser remetido, no estado em que se encontra, ao Tribunal competente. Nesse caso, devem ser mantidos íntegros todos os atos processuais até então praticados, sob pena de violação ao princípio *tempus regit actum*, uma vez que o juiz era competente antes de tal modificação.

II.

No caso dos autos, o paciente foi eleito prefeito no curso de ação penal já deflagrada. Em estrita obediência ao comando inserto no art. 29, X, da Constituição Federal, deve o processo, tal como ocorreu na hipótese, ser remetido ao Tribunal de Justiça respectivo para que lá se dê continuidade ao andamento do feito, em atenção à competência *ope constitutionis* (em razão da Constituição).

A questão que se coloca neste *writ* é se, primeiro, seria necessária a ratificação, pelo Tribunal, de todos os atos praticados pelo magistrado; segundo, se essa ratificação deveria obedecer ao modelo de tramitação de processos originários (v.g. se o recebimento da denúncia deve ser feito pelo colegiado, a ratificação do recebimento da denúncia também deveria seguir o mesmo procedimento).

É bom que se diga que a ratificação de atos processuais é o procedimento intrinsecamente ligado à ideia de nulidade por incompetência relativa ou absoluta superveniente. Isto é, reconhecida a incompetência, *a posteriori*, de determinado juízo, deve o feito ser encaminhado ao juízo competente, que pode aproveitar os atos já praticados. Nesse sentido é a jurisprudência do STF, da qual destaco o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO.

1. Este Tribunal fixara anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios. Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento. (RE 464894 AgR/PI, Rel. Ministro EROS GRAU, DJe de 15/8/2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se trata, portanto, da hipótese dos autos. O magistrado de primeiro grau era o competente para o processamento do feito, e somente houve modificação dessa competência porque, no curso do processo regularmente iniciado, o paciente foi diplomado prefeito. A modificação operou-se, tão somente, *ope constitutionis*. Desnecessário, portanto, a meu juízo, qualquer ratificação, porquanto os atos até então praticados eram válidos.

Ainda que, por mero preciosismo, se exija ou se faça a ratificação, não observo que tal procedimento deva seguir, no âmbito do Tribunal respectivo, as regras que são previstas para as ações originárias. Isso significa dizer que a ratificação do recebimento da denúncia ofertada em primeiro grau, por exemplo, não necessita ser apreciada pelo colegiado; pode ser feita monocraticamente pelo relator, tal como se deu na espécie.

Aliás, nesse sentido manifestou-se o STF, como se vê do RHC n. 120.356/DF, em que a ratificação dos atos praticados fora feita monocraticamente. O julgado recebeu esta ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DIPLOMAÇÃO DO ACUSADO NO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL. RATIFICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA AS DILIGÊNCIAS DO ART. 10 DA LEI 8.038/1990. PROVA EMPRESTADA NÃO ADMITIDA NO JUÍZO CONDENATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de *habeas corpus* em substituição a recurso constitucional.

2. A ratificação dos atos processuais encontrou fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo, regularmente apreciados no contexto das peculiaridades do caso concreto, em que a imediata modificação da competência decorreu da prerrogativa de foro por diplomação superveniente do Recorrente no cargo de Prefeito Municipal.

3. Inexiste o cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação para as diligências do art. 10 da Lei 8.038/1990, sequer admitida na avaliação das provas pelo juízo condenatório a prova emprestada posteriormente colacionada aos autos.

4. Sem a demonstração de efetivo dano à defesa, incide o princípio maior que rege o tema, segundo o qual sem prejuízo não se reconhece a nulidade, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento. (Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 30/10/2014).

Logo, não houve nenhuma nulidade no procedimento adotado na origem e, conseqüentemente, ficam prejudicados os demais pedidos formulados neste *writ* que estejam ligados a essa alegação.

Quanto à possível nulidade do inquérito, é tema que não foi apreciado pelo colegiado *a quo*, o que impede o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, se esta Sexta Turma admite a ratificação até dos atos decisórios, não faz sentido a discussão, ainda mais tendo em conta que o Ministério Público Federal, em segundo grau de jurisdição, ratificou os termos da denúncia e, portanto, também a *opinio delicti* até então formada.

Por fim, quanto ao trancamento da ação penal, sustenta a defesa falta de justa causa, porque teria o paciente limitado-se a ratificar, na qualidade de Procurador-Geral do Estado, à época, parecer em termos aditivos de contrato administrativo.

Vejamos o que diz a denúncia (fls. 32/39):

Inicialmente, perfaz-se oportuna uma breve explanação acerca dos fatos que redundaram na instauração do caderno inquisitorial acostado, fruto da portaria de fls. 02/03, cujo objeto versava sobre a apuração de possíveis irregularidades na celebração dos 5º e 7º Termos Aditivos ao Convênio firmado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Empresa Blokos Engenharia Ltda, para a conclusão das obras da 2ª etapa do Hospital Geral Infantil de Vila Velha, com utilização de verba pública federal (Projeto "Reforço à Reorganização do SUS - REFORSUS).

Conforme disposto nas fls. 04/09 (Apenso I, Volume I), a União, por meio do Ministério da Saúde, no ato representado pelo Banco do Brasil S.A., firmou contrato com a Secretaria de Estado da Saúde, no âmbito do Projeto Reforço à Reorganização do SUS - REFORSUS. O contrato nº 595/1998 tinha por objeto o repasse de recursos provenientes de empréstimo externo entre a República Federativa do Brasil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID - para execução do subprojeto nº ES3205200012 (construção da 2ª etapa do referido Hospital), aprovado pelo Ministério da Saúde em 29/06/1998, valorado em R\$ 7.170.100,00 (sete milhões, cento e setenta mil e cem reais).

Após realização da Concorrência Pública Nacional nº 15/2000, a Empresa Blokos Engenharia sagrou-se vencedora do processo licitatório, e juntamente com a Secretaria de Saúde - SESA - e o Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP, assinou o contrato nº 18/2000 (fls. 1326/1366, Apenso I, Volume II), no valor de R\$ 5.051.574,61 (cinco milhões, cinquenta e um mil e quinhentos e setenta e quatro reais e sessenta e um centavos).

A Contratada obrigou-se a realização das seguintes obras: substituição do telhado, emboço de paredes e lajes, colocação de piso, pintura, instalação de ar condicionado central, água quente, gases medicinais, ar comprimido, vapor condensado, subestação, cabine de medição, hidrosanitárias, elétricas/telefônicas/informática e paisagismo.

O contrato nº 18/00 sofreu sete alterações por meio de Termos Aditivos, sendo que os quatro primeiros não apresentaram nenhuma irregularidade, não podendo o mesmo ser dito quanto aos 5º e 7º Termos.

O 5º Termo Aditivo (fls. 33/36), datado de 02 (dois) de janeiro de 2002, versava sobre a 3ª etapa da construção do Hospital Infantil, objeto afrontosamente distinto do Contrato nº 595/00, voltado à construção da 2ª etapa do Hospital. Imperioso ressaltar que o Termo Aditivo em comento contratou a empresa Blokos Engenharia sem licitação, sem cobertura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orçamentária, superfaturada e por R\$ 10.832.218,65 (dez milhões, oitocentos e trinta e dois mil, duzentos e dezoito reais e sessenta e cinco centavos) - fatos que reverberaram na propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa tombada sob o nº 2005.50.01.005247-6.

Assinado entre o Fundo Nacional de Saúde e a Secretaria Estadual de Saúde, por meio do então secretário, NILTON GOMES DE OLIVEIRA, pelo então Procurador Geral do Estado, **FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA**, e pela empresa Blokos Engenharia, na pessoa de PEDRO ALCÂNTARA COSTA, o referido termo teve como fonte de recursos o Convênio nº 4.145/2001 (fls. 94/102 - numeração conferida pelo FNS - Apenso I, Volume I), cujo valor era de R\$ 3.446.250,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta mil e duzentos e cinquenta reais). Desta feita, valor consideravelmente inferior ao contratado para a 3ª etapa, que previa montante superior a R\$ 10 (dez) milhões de reais.

Conforme se observa no ofício nº 162 (fl. 1.213 - Apenso I, Volume IV), NILTON GOMES comunicou (ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas) que a Secretaria de Estado da Saúde havia celebrado com a Blokos Engenharia aditamento para a execução dos serviços da terceira fase do Hospital Geral e Infantil de Vila Velha. Informou ainda que os recursos necessários para a execução da etapa referida não seriam mais oriundo do REFORSUS, e sim do Orçamento Geral da União e da Emenda nº 71.090.002/OGU/2002 - Fundo Nacional de Saúde - Ministério da Saúde.

Em face do teor do ofício nº 162, o Gerente do REFORSUS manifestou-se no sentido de que a Secretaria de Saúde não poderia aditar um Contrato vinculado ao Projeto REFORSUS/MS "sem a prévia autorização daquele Órgão, independente do respaldo dado pela PGE, sujeitando-se o Contratante aos riscos legais que porventura decorram de sua ação" (fls. 1218, Apenso I, Volume IV).

Oportuno salientar que a assinatura do 5º Termo balizou-se no Parecer nº 1.412/2001 - SCA (fls. 72/80 - numeração conferida pela SR/DPF/ES), que, uma vez provocado pelo ofício nº 1.300/SESA/GS assinado pelo então Secretário NILTON GOMES DE OLIVEIRA (fl.71), cuja finalidade era consultar a Procuradoria Geral quanto à possibilidade jurídica de ampliar o valor contratual do contrato nº 18/2000, que tinha como objeto a conclusão do HGIVV além do limite legal de 25% (§1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93), o Procurador do Estado, FABIANO GIAQUINTO HERKENHOFF, manifestou-se no seguinte sentido:

Conclui-se, assim, com esteio nas abalizadas decisões do TCU e nas demais ponderações anteriores, que o Administrador, em conjunturas particularíssimas, ao verificar na extrapolação do limite um mal bem menor, pode efetivar o aditivo correspondente (...) (fl. 80)

No tocante à questão, o REFORSUS emitiu parecer técnico acerca do 5º Termo Aditivo ao contrato nº 018/00 nos termos que seguem:

No instrumento contratual percebe-se à primeira vista que não há menção ao Ministério da Saúde, apenas se refere ao contrato nº 018/00.

Note-se que tal Termo Aditivo foi realizado à revelia, dele vindo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tomar conhecimento o REFORSUS, porque, verificando a necessidade de aditamento de prazo para conclusão do contrato, provocou a Contratada, que informou a já existência de um aditivo.

(...) - omissis

Vê-se, pois, que realmente os serviços, objeto do contrato inicial já foram cumpridos, não se justificando nenhum aditamento, a não ser a prorrogação estritamente necessária para receber e dar quitação (fls. 39).

(...) - omissis

Ora, na verdade esta situação caracteriza uma renovação de contrato, senão um novo contrato, realizado sem licitação veladamente sob a forma de termo aditivo, eis que, tem suporte em outra fonte de recursos completamente diversa da dotação orçamentária do contrato principal.

A irregularidade é gritante, vez que os recursos não são do REFORSUS, o qual foi sequer consultado para a realização do termo aditivo. Ademais, o objeto deste último não é o mesmo do contrato originário.

Em observância à manifestação do REFORSUS, a Secretaria da Saúde, aos 06/06/2002, firmou o 6º Termo Aditivo (fls. 1.323/1.325 - numeração conferida pela Seção Judiciária do ES - Apenso I, Volume IV) para cancelar e substituir o 5º, bem como para propiciar a quitação de pagamentos ainda não efetuados e dependentes de recursos do REFORSUS.

Aos 07/06/2002, um dia após ao cancelamento do 5º Termo, os acusados, FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, então Procurador Geral do Estado, CARLOS JOSÉ CARDOSO, então Secretário de Estado de Saúde, e a empresa Blokos Engenharia, na pessoa de PEDRO ALCÂNTARA COSTA, assinaram o 7º Termo Aditivo (fls. 142/147), com o mesmo objeto do 5º Termo, cujo valor superava o montante de R\$ 10 (dez) milhões de reais, aditado, portanto, em cerca de 200% do valor original do contrato.

Constatou-se, por meio de ofício de fls. 294/295 (numeração conferida pela Seção Judiciária do ES, Apenso I, Volume I), que a Secretaria de Saúde, aos 05/12/2002, utilizando-se dos recursos do Convênio 4.145/2001, efetuou pagamento de parte das medições apresentadas pela empresa Blokos Engenharia, no valor de R\$ 551.400,00 (quinhentos e cinquenta e um mil e quatrocentos reais), tendo sido o então Secretário de Estado da Saúde, CARLOS JOSÉ CARDOSO, o responsável pela autorização do pagamento do referido valor (fl. 522 - numeração conferida pela Seção Judiciária do ES - Apenso I, Volume II). **Imperioso asseverar que a autorização outorgada pelo referido Réu fora precedida pelo 7º Termo Aditivo - e por conseguinte, pelo 5º, tendo em vista que aquele é semelhante a este -, bem como pelo Convênio nº 4.145/2001. Logo, conclui-se que os Denunciados NILTON GOMES DE OLIVEIRA, FABIANO GIAQUINTO HERKENHOFF e FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA concorreram para a autorização da referida despesa.**

Conforme Parecer Técnico exarado pelo Ministério da Saúde (fls. 300/301 - numeração conferida pela Seção Judiciária do ES - Apenso I, Volume I) referente à Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dentre as demais medidas adotadas, fora determinado à SES/ES o estorno imediato da importância sacada irregularmente, do montante já mencionado da ordem de R\$ 551.400,00 (quinhentos e cinquenta e um mil e quatrocentos reais) à conta específica, devidamente corrigido, tendo sido o dispêndio irregular reconhecido pela própria SES/ES.

Em que pese a efetiva comprovação da devolução do valor, inexistem nos autos provas quanto à restituição do valor ao erário. Todavia, segundo consta no Parecer Técnico em questão (fl. 301), a SES/ES haveria efetuado o depósito na conta específica do convênio, no valor corrido da ordem de R\$ 695.336,22 (seiscentos e noventa e cinco mil, trezentos e trinta e seis reais e vinte e dois centavos).

Apesar disso, independentemente do estorno, o ilícito se consumou e conforme entendimento unânime da 5ª Turma do STJ, o elemento subjetivo do ilícito penal tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/93 não pode ser outro que não o dolo. Ademais, o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, não havendo que se falar em resultado naturalístico para a sua consumação, como efetivo prejuízo ao erário.

Resta, portanto, inquestionável o fato de que a Secretaria de Estado de Saúde, nas pessoas do Procurador Geral do Estado e dos Secretários de Saúde à época, bem como do representante da empresa Blokos Engenharia, utilizaram-se de Termos Aditivos com a finalidade de dispensar a realização obrigatória de licitação. Destarte, fora ordenada despesa não autorizada por lei, conforme exposto acima.

No tocante à autoria, o primeiro Denunciado, CARLOS JOSÉ CARDOSO, voluntária e conscientemente, além de assinar o 7º Termo Aditivo, autorizou o pagamento, com base no Aditivo ilegal, de R\$ 551.400,00 (quinhentos e cinquenta e um mil e quatrocentos reais) para a empresa Blokos (fl. 522 e 532 - numeração conferida pela Seção Judiciária do ES - Apenso I, Volume II).

O segundo Denunciado, FABIANO GEAQUINO HERKENHOFF, emitiu Parecer Jurídico favorável ao 5º Termo Aditivo, instrumento jurídico apto a dar respaldo ao referido Termo. Ao ser precedido de parecer eminentemente político assinado pelo quarto Denunciado, o Acusado, revestido do dever jurídico-funcional de analisar a conformidade do ato com a lei, ao elaborar parecer jurídico opinando favoravelmente ao aditamento, deixou de alertar as autoridades para as limitações que a lei exigia para o aditamento, coadunando, portanto, com a dispensa obrigatória da licitação. Sua conduta reverberou na autorização do pagamento de R\$ 551.400,00 (quinhentos e cinquenta e um mil e quatrocentos reais) à Blokos Engenharia.

O terceiro Denunciado, FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA, voluntária e conscientemente, assinou ambos os Termos Aditivos (5º e 7º), cabalmente ilegais, tendo em vista a dispensa fraudulenta de licitação. Ademais, contribuiu, ainda que de forma indireta para o pagamento indevido à Blokos Engenharia de R\$ 551.400,00 (quinhentos e cinquenta e um mil e quatrocentos reais).

O quarto Denunciado, NILTON GOMES OLIVEIRA, voluntária e conscientemente, assinou o 5º Termo Aditivo, inobservando, assim, a exigível realização de licitação, sendo que, com sua conduta, ainda contribuiu para a autorização do pagamento supramencionado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O quinto Denunciado, PEDRO ALCÂNTARA COSTA, sócio majoritário da empresa Blokos Engenharia (fl. 141) e único representante, ao menos no decurso das questões referentes ao contrato nº 18/00 e subjacentes (fls. 653/655 - Apenso I, Volume II), voluntária e conscientemente, assinou ambos os Termos Aditivos, ferindo, assim, a indispensabilidade de licitar.

Nestes termos, requer que, após o recebimento do presente, seja ordenada a citação dos ora Denunciados como incursos nas penas do artigo 89, *caput* da Lei nº 8.666/93 e 359-D, do Código Penal em concurso material (artigo 69) para os quatro primeiros Denunciados e artigo 89, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 para o último Denunciado e, ao final, condenados nos dispositivos anteriormente citados.

Consoante se depreende de toda a descrição fática realizada na denúncia, é o próprio órgão do Ministério Público Federal que, de modo expresso, após esmiuçar o que teria ocorrido, afirma, categoricamente, que não houve prejuízo aos cofres públicos, pois o montante que fora autorizado a ser pago foi devolvido ao erário, *verbis*:

Conforme Parecer Técnico exarado pelo Ministério da Saúde (fls. 300/301 - numeração conferida pela Seção Judiciária do ES - Apenso I, Volume I) referente à Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo, dentre as demais medidas adotadas, fora determinado à SES/ES o estorno imediato da importância sacada irregularmente, do montante já mencionado da ordem de R\$ 551.400,00 (quinhentos e cinquenta e um mil e quatrocentos reais) à conta específica, devidamente corrigido, tendo sido o dispêndio irregular reconhecido pela própria SES/ES.

Em que pese a efetiva comprovação da devolução do valor, inexistem nos autos provas quanto à restituição do valor ao erário. Todavia, segundo consta no Parecer Técnico em questão (fl. 301), a SES/ES haveria efetuado o depósito na conta específica do convênio, no valor corrido da ordem de R\$ 695.336,22 (seiscentos e noventa e cinco mil, trezentos e trinta e seis reais e vinte e dois centavos).

Apesar disso, independentemente do estorno, o ilícito se consumou e conforme entendimento unânime da 5ª Turma do STJ, o elemento subjetivo do ilícito penal tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/93 não pode ser outro que não o dolo. Ademais, o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, não havendo que se falar em resultado naturalístico para a sua consumação, como efetivo prejuízo ao erário.

Constata-se, portanto, que, não obstante ter o *Parquet* entrevisto dolo na conduta do paciente e dos demais denunciados, na medida em que afirma que os termos aditivos teriam sido firmados para viabilizar burla à licitação e superfaturamento, a conclusão expressa na peça acusatória contradiz a premissa que lhe dá supedâneo, porquanto, ao contrário do que pretende a acusação, esta Corte pacificou o entendimento de que não se consuma o delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 se não demonstrado o prejuízo à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Administração Pública que, como visto, está claramente excluído na espécie.

Quanto a este tema, consoante consignei em voto proferido nos autos da Ação Penal n.º 480/MG, prevalecia neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o citado delito é de mera conduta, não se exigindo, portanto, a demonstração do efetivo prejuízo para a sua consumação, como tampouco o dolo específico de se lesar o erário.

Pontuei, inclusive, que, mesmo a prevalecer a necessidade de prejuízo, não poderia ser, e não o é, o financeiro ou econômico porque, diante da tutela de um bem imaterial, o prejuízo suportado não pode se identificar com algo concreto; material. Mas sim com algo de valor igual ao do bem jurídico albergado, pois o tipo penal da lei de licitações visa o patrimônio público, a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei, afrontando-se, ainda, a livre concorrência.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre muitos, os seguintes precedentes:

"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, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011).

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DA INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

1. Narrando a denúncia fatos configuradores, em tese, do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93, descabe acolher alegação de atipicidade da conduta em face de inexistência de prejuízo ao erário, sobretudo quando tal situação fática, como bem reconheceu o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado, não se encontra evidenciada de forma inequívoca nos autos.

2. Refutar os elementos indiciários apresentados pela acusação, para reconhecer que o Paciente não agiu com dolo e não recebeu qualquer vantagem ilícita por inobservar as formalidades pertinentes à dispensa do procedimento licitatório demanda dilação probatória, insuscetível de ser feita na via do *habeas corpus*. O exame da tese defensiva deve ser feito no momento próprio, pelo Juízo ordinário, após necessária instrução criminal contraditória.

3. Ordem denegada."

(HC 118.292/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010).

"CRIMINAL. RESP. EX-PREFEITO. CONDENAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 89, DA LEI N.º 8.666/93. ABSOLVIÇÃO EM GRAU DE RECURSO, POR AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. CRIME DE MERA CONDUTA. INEXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO OU COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. O tipo penal previsto no art. 89 da Lei n.º 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, nos exatos termos do enunciado. Precedentes.

II. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator."

(REsp 1185750/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, 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.

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, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 11/10/2010).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 89, CAPUT DA LEI 8.663/93). EX-PREFEITO MUNICIPAL. DOLO COMPROVADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO PELA DIVERGÊNCIA, MAS DESPROVIDO.

1. Pelo que restou expresso na sentença e no acórdão, não há como afastar o dolo da conduta do ora recorrente, porquanto foi procurar a empresa de transportes oferecendo solução para a contratação sem licitação com o objetivo de não deixar de atender a população durante período eleitoral. A revisão desse entendimento somente poderia ser feita com o amplo reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

2. O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei.

3. Já decidiu a 3a. Seção desta Corte que o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente a consciência dessa circunstância; isto é não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao erário, por exemplo) (HC 94.720/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18.08.2008 e 113.067/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, Dje 10.11.2008).

4. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido."

(REsp 1073676/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 12/04/2010).

Contudo, no julgamento da supramencionada Ação Penal originária, a Corte Especial deste Sodalício acolheu, por maioria, a tese de ser imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993.

A ementa do aludido aresto foi redigida nos seguintes termos:

"AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO.

- Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

A partir desse julgado, ambas as Turmas criminais deste Areópago passaram a adotar o referido posicionamento, conforme se observa dos seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVO DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO, NA ESPÉCIE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ESTE FIM.

1. A jurisprudência atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, estribada em decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entende que, para fins da caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório.

2. (...).

3. (...).

5. Recurso especial provido, para absolver o acusado, com amparo no art. 386, III, do Código de Processo Penal (atipicidade material da conduta)."

(REsp 1349442/PI, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 15/04/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da APn 480/MG, acolheu, por maioria, a tese de que é exigível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo para que tipificado o crime previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1283987/TO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2013)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOLO ESPECÍFICO. INTENÇÃO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONDUTA. ATIPICIDADE. CONTRATAÇÃO. ADVOGADO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. QUESTÃO CONTROVERTIDA NA ÉPOCA DOS FATOS. IN DUBIO PRO REO. APLICAÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

2. Hipótese em que os recorrentes foram condenados como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por terem contratado serviços advocatícios prestados por uma mesma profissional, com breve intervalo de tempo entre as contratações, entre os anos de 1999 e 2000, sem licitação ou concurso público.

3. Em momento algum as instâncias ordinárias afirmaram ter havido a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos ou terem sido exorbitantes os valores pagos, porém reconheceram expressamente que foram prestados os serviços contratados.

4. Se, no âmbito da comunidade jurídica, à época das contratações, era controvertida a própria necessidade de licitação para a contratação de advogado, em razão do disposto no art. 13, V, da Lei n. 8.666/1993, não há como condenar-se pela sua dispensa, sendo necessário fazer valer o princípio do *in dubio pro reo*.

5. Recursos especiais providos para absolver os recorrentes, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal."

(REsp 1185582/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 11/12/2013)

Não há, portanto, diante da ausência de prejuízo aos cofres públicos, justa causa para a ação penal em tela, dado que a denúncia foi recebida apenas quanto ao delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal em relação ao paciente, estendendo, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, os efeitos desta decisão aos demais acusados que ainda encontram-se na ação penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0065320-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 291.145 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016714620124020000 00048982320054025001 16714620124020000 200550010048989
201202010016713 4702005 48982320054025001

EM MESA

JULGADO: 14/04/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: TATIANA COSTA JARDIM
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO
PACIENTE	: FLÁVIO AUGUSTO CRUZ NOGUEIRA
CORRÉU	: CARLOS JOSE CARDOSO
CORRÉU	: FABIANO GIAQUINTO HERKENHOFF
CORRÉU	: PEDRO ALCANTARA COSTA
CORRÉU	: NILTON GOMES DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, com extensão aos corréus Carlos José Cardoso, Fabiano Geaquinto Herkenhoff, Pedro Alcântara Costa e Nilton Gomes Oliveira, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.