

# Superior Tribunal de Justiça

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 669.347 - SP (2021/0160441-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**  
**R.P/ACÓRDÃO** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**AGRAVANTE** : JOSE GERALDO GARCIA  
**ADVOGADOS** : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120  
ANDERSON POMINI - SP299786  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

## **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

7. Agravo regimental desprovido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao

# *Superior Tribunal de Justiça*

agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

Votou vencido o Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2021(Data do Julgamento)

**MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Relator p/ Acórdão

# Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 669.347 - SP (2021/0160441-3)

**RELATOR** : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**  
**AGRAVANTE** : JOSE GERALDO GARCIA  
**ADVOGADOS** : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120  
ANDERSON POMINI - SP299786  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF):** Trata-se de agravo regimental interposto por **JOSE GERALDO GARCIA**, contra decisão da minha lavra, às fls. 2.150-2.165, na qual **não foi conhecido** o presente **habeas corpus**.

Nas razões de agravo, a Defesa reitera, em síntese, as alegações postas na impetração não conhecida, quanto à suposta atipicidade da conduta, em virtude do elemento subjetivo especial consistente no dolo de causar dano ao erário, além da suposta nulidade do julgamento, em virtude da ausência do representante da acusação.

Pondera que, ao contrário do esposado na decisão agravada, não é necessária aprofundada dilação probatória dos autos para reconhecimento da ilegalidade suportada pelo ora agravante, asseverando que "*conforme as premissas fáticas do acórdão condenatório, a conduta de José Garcia se limitou a homologar o procedimento, sendo que tal decisão foi embasada por parecer prévio da Secretaria de Assuntos Jurídicos do município que atestava a regularidade do procedimento e aconselhava a contratação*" (fl. 2.174).

Acrescenta que "*a alegação defensiva se refere à aplicação da alteração legislativa propiciada pela Lei nº 14.133, que foi publicada em 1º de abril de 2021, ou seja, é superveniente ao acórdão coator (julgamento em 26/11/2020), bem como à oposição dos embargos defensivos naquela instância (acórdão publicado em 23/02/2021 e protocolo em 24/02/2021), não havendo como a defesa ter levantado a matéria anteriormente*" (fl. 2177), não havendo que se falar, portanto, em inviabilidade de análise por

# Superior Tribunal de Justiça

suposta supressão de instância, ainda mais porque se trata de matéria de ordem pública, o que supostamente impõe a análise das alegações concernentes à lei supracitada, que ampara a alegação de atipicidade da conduta, nos termos da impetração originária cujos fundamentos repisa neste recurso.

Tece considerações quanto às inovações legislativas operadas pela Lei n. 14.133/2021, que supostamente beneficia o ora agravante, eis que, do cotejo das normas de regência, verifica-se que *"Anteriormente, a dispensa de licitação para contratação de serviços técnicos especializados possuía os seguintes requisitos: (i) natureza singular do serviço prestado e (ii) notória especialização dos profissionais selecionados. O requisito de "natureza singular", no entanto, foi substituído pelo de "natureza predominantemente intelectual" como visto acima"* (fl. 2.179), defendendo a retroatividade do art. 74 da Lei n. 14.133/2021, de forma a tornar atípica a conduta do agravante.

Repisa, outrossim, a ocorrência de nulidade durante o julgamento do feito porquanto *"o ilustre representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, integrante da Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica – Crimes de Prefeitos, não participou do julgamento. [...] mesmo alertado de tal fato pelos demais Desembargadores da C. Câmara Criminal e pelo próprio Procurador de Justiça então presente - o Excelentíssimo Senhor Doutor Francisco José Taddei Cembranelli, que manifestou sua impossibilidade de participação no julgamento -, insistiu o E. Relator Desembargador Gilberto Ferreira da Cruz, após frustrada tentativa de contato com órgão do parquet que efetivamente atuava no caso, na realização do julgamento"* (fl. 17), alegando a possibilidade de conhecimento da tese, ainda que em indevida supressão de instância, por tratar-se de matéria de ordem pública, tratando-se de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido pela lei, notadamente em virtude da condenação do ora agravante, o que pode ter influenciado nas eleições municipais, onde foi derrotado.

Requer, ao final, seja exercido o juízo de retratação ou submetido o agravo ao Colegiado para julgamento e provimento, a fim de que seja concedida a ordem, nos termos requeridos no agravo.

# Superior Tribunal de Justiça

Por manter a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 669.347 - SP (2021/0160441-3)**

## VOTO VENCIDO

**O EXMO. SR. MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF):** Em que pesem os judiciosos argumentos da combativa defesa, a irresignação não prospera, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos, senão vejamos.

Para evitar desnecessária tautologia, transcrevo os fundamentos da decisão agravada, **verbis**:

*"A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.*

*Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.*

**Pois bem.**

**Não assiste razão ao impetrante.**

*Inicialmente, insta consignar que a pretendida revisão dos fundamentos adotados pelo eg. Tribunal de origem para condenar o ora paciente como incurso no artigo 89, caput, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o artigo 61, II, 'g', do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de detenção, demanda, como amplamente consabido, o exame aprofundado de todo conjunto fático-probatório dos autos de origem, de forma a desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência que se mostra, a toda evidência, inviável de ser realizada dentro dos*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.*

*Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:*

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO LAVADOR/GUARDADOR DE CARRO. INEXIGIBILIDADE DE CONHECIMENTOS TÉCNICOS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA EVIDENCIADA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. *Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie.*

2. *O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita, salvo se, como no caso, a atipicidade da conduta exsurja evidente.*

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolver o paciente nos autos da Ação Penal n. 0002156-86.2015.8.19.0209" (HC 457.849/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 11/10/2018).*

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. GRAVE AMEAÇA EXERCIDA COM EMPREGO DE ARMA BRANCA. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CRIME FORMAL. SÚMULA N. 500 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

3. *O pedido de absolvição do delito previsto no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990 não pode ser apreciado por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.*

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar*

# Superior Tribunal de Justiça

a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, redimensionando para 5 anos e 4 meses de reclusão a reprimenda fixada para o crime de roubo, mantidos os demais termos do acórdão impugnado" (HC 459.400/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 08/10/2018).

No caso, o exame das provas foi realizado pelo eg. Colegiado de origem, o qual, em cognição exauriente, analisou os fatos e circunstâncias da prática do delito e decidiu que exsurgiam do caderno processual elementos probatórios aptos a fundamentar o édito condenatório.

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo excertos do v. aresto proferido pelo eg. Tribunal **a quo, verbis** (fls. 22-40 - grifei):

"A defesa, por sua vez, pleiteou 3) **a absolvição 3.1) por atipicidade, em razão da singularidade dos serviços prestados pelo escritório de advocacia contratado "naquela época, era o escritório pioneiro na tese" a demonstrar o acerto da inexigência de licitação; 3.2) por ausência de dolo específico, vez que sequer conhecia os advogados contratados, destacando que "para concretizar a dispensa de licitação, se cercou do procedimento necessário e adequado, inclusive com a emissão de parecer jurídico, ou seja, o procurador jurídico (detentor dos conhecimentos específicos legais) assentou a inexistência de qualquer ilegalidade na concretização do contrato por dispensas de licitação"; 3.3) por ausência de prova de lesão ou de efetivo prejuízo ao erário; ou 3.4) pela insuficiência probatória** (fls. 1853/1871).

É o relatório.

A ação penal é procedente.

**A materialidade está consubstanciada** no contrato administrativo nº 143/2011 (fls. 20/27 ou 567/574), publicação da ratificação e homologação da contratação pelo réu (fls. 30/31 ou 577/578), **parecer desfavorável do TCE à aprovação das contas do município de Salto** (fls. 63/85), termo de rescisão do contrato nº 143/2011 (fls. 138/139), cópias dos pagamentos efetuados pela municipalidade ao escritório Nelson Wilians & Advogados Associados (fls. 142/313), cópias do processo administrativo nº 9.571/2010, referente à dispensa/inexigibilidade de licitação (fls. 342 e seguintes), relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Municipal (fls. 656/666), proposta para prestação de assessoria jurídica firmada pelo escritório Nelson Wilians & Advogados Associados (fls. 350/476), proposta para prestação de assessoria jurídica firmada pelo escritório Castelucci Figueiredo e Advogados Associados (fls. 477/499), parecer do Secretário de Negócios Jurídicos Wagner Correa da Silva pela contratação direta do escritório Nelson Wilians & Advogados Associados (fls. 500/ 508), decisão administrativa da Secretária de Finanças Edimara Urel pela contratação, com inexigibilidade de licitação, do escritório dos corréus "pelo valor estimado de R\$ 2.563.389,80" (fl. 541), decisão do Prefeito homologando a contratação (fl. 547), **acórdão do Tribunal de Contas do Estado, julgando "irregulares a inexigibilidade de licitação e a contratação em exame"** (fls. 784/798) e na prova oral.

**A autoria, igualmente, é incontroversa.**

[...]

Pois bem.

**Como se constata, a olho desarmado, não há margem a dúvida que, de**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*fato, houve contratação direta do escritório de advocacia Nelson Wilians & Advogados Associados com inexigência de licitação.*

*Entretanto, a hipótese em tela não autorizava a dispensa do procedimento licitatório, porquanto não preenchidos os requisitos dos artigos 25, II; e 13, III e V, da Lei nº 8.666/93.*

*Tampouco há notícia de que o Município de Salto tenha, de fato, diligenciado junto a diversos escritórios de advocacia com vistas justificar a contratação direta ou mesmo que existisse relação de confiança entre o Alcaide e os corrêus; sequer há indícios a respeito de, no mínimo, prévia cotação de preços, vez que a inexigibilidade de licitação não equivale à contratação informal.*

*Ademais, as cláusulas do contrato de prestação de serviços (fls. 20/27) demonstram de forma inequívoca o conluio e desvio de finalidade do negócio jurídico; atribui ao município o dever de efetuar o pagamento de expressivos R\$ 2.563.389,80 (dois milhões, quinhentos e sessenta e três mil, trezentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) pelos custos dos serviços advocatícios que seriam prestados 5 o que de fato ocorreu, conforme comprovantes de pagamento de fls. 142/313.*

*Não se pode olvidar que o crime do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 configura-se quando “são inobservadas as formalidades da lei de licitações”. Com efeito, esse diploma normativo foi editado no contexto da política de moralidade administrativa adotada pela Constituição Federal de 1988 e o bem jurídico protegido pelo dispositivo citado é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das contratações públicas [...] visa, acima de tudo, proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial (BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132). Pelos mesmos motivos, o delito do parágrafo único do artigo 89 da referida norma prevê a responsabilidade do particular, nas hipóteses de inobservância do certame: [...] o tipo descrito no parágrafo único do art. 89 apresenta uma peculiaridade especial: limitação da intervenção e da punibilidade do 'extraneus', que é condicionada a obtenção de benefício representado pela celebração de contrato com o Poder Público (BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136).*

*Assim, para que haja a contratação direta de escritórios de advocacia pela municipalidade, necessário o preenchimento cumulativo de quatro requisitos, consistentes na: “[...] a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado [...]” (STF, Inq 3074, Re. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 02.10.2014).*

*Em semelhante direção o enunciado da Súmula nº 252 do TCU: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei,*



# Superior Tribunal de Justiça

natureza singular do serviço e notória especialização do contratado” 6 .

Ocorre que não se está diante de qualquer caso de singularidade, uma vez que a questão atinente ao recolhimento de tributos assim como eventual compensação ou repetição é matéria nitidamente imbricada ao interesse público, de sorte que a promoção das medidas cabíveis caberia aos próprios servidores do ente.

Registre-se, neste particular, que a despropositada versão de não serem os Procuradores do Município “especializados” na matéria além de não encontrar qualquer comprovação nos autos contrasta com a finalidade última da própria existência do cargo.

Isto porque José Geraldo sancionou e promulgou, durante a vigência de seu mandato, a Lei Municipal nº 2.814, de 16 de maio de 2007 que “institui o plano de carreiras, cargos e salários dos servidores municipais da Prefeitura da Estância Turística de Salto/SP” na qual consta expressamente que a atribuição precípua dos Procuradores do Município consiste em “representar a Prefeitura da Estância Turística de Salto, na esfera judicial e fora dela, e prestar consultoria e assessoramento jurídico à administração pública e seus órgãos” (art. 8º, IV, 'a', 1).

De se notar outrossim, que nada justificava o expressivo valor desembolsado pela municipalidade, o qual, consoante manifestação ministerial, “corresponde a 90 vezes o teto remuneratório do serviço público vigente na época e para ingressar com dois mandados de segurança o aludido escritório recebeu o equivalente a 07 anos e meio de trabalho de um Ministro do Supremo Tribunal Federal” (fl. 1655).

Como bem ressaltou o i. Procurador do Ministério Público de Contas à fl. 796, “a Administração Pública tem um excelente mecanismo para (...) buscar o melhor prestador de serviços: é o concurso público. O concurso público consagra a meritocracia e, assim, refuta todo e qualquer favoritismo e violação do princípio da impessoalidade; nada melhor (...) para escolher isonomicamente o melhor prestador de serviços, e aqui no caso, um Procurador Jurídico concursado”.

De outro vértice, a apresentação de proposta por parte do escritório Castelucci Figueiredo e Advogados Associados 7 (fls. 477/499), ratificava a viabilidade do processo licitatório e a impossibilidade de escolha discricionária do profissional que atuaria em socorro da municipalidade 8 .

Ao que se afere, de fato, não se está a tratar de mera contratação direta e isolada, mas de esquema criminoso perpetrado por diversos Alcaldes de inúmeras comarcas paulistas que, escorando-se no subterfúgio da inexigibilidade de licitação, valiam-se de tal expediente para contratar, por vultosas somas, escritórios de advocacia adrede conluiados com os agentes públicos 9 .

[...]

Na hipótese em análise, como se deduz do cotejo analítico entre os fatos apurados e o tipo penal imputado, respeitado enfoque em contrário, o dolo de José Geraldo restou evidenciado pela homologação do procedimento de inexigência de licitação ao arrepio de diversos comunicados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (v.g. Comunicados SDG nº 32/2013 e GP nº 19/2016) prova direta e convergente, excludente de qualquer outra versão factível e favorável, restando demonstrado o

# *Superior Tribunal de Justiça*

*animus de lesar o erário.*

[...]

*O prejuízo financeiro ao erário é irrefutável, na medida em que a municipalidade arcou com o pagamento de mais de dois milhões de reais para a execução dos serviços cuja competência e capacidade técnica incumbia diretamente à Procuradoria local, conforme acima discorrido.*

*Não se pode perder de vista, outrossim, que o escritório contratado sugeriu que a municipalidade efetuasse diversas compensações extemporâneas e contra legem (v. art. 170-A do Código Tributário Nacional), o que implicou na glosa, seguida de autuações milionárias por parte do Receita Federal, em prejuízo dos cofres de comarca.*

*Não por outro motivo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada na Câmara Municipal da Estância Turística de Salto concluiu que:*

[...]

*E não é só. Ainda que a contratação direta não tivesse atingido o interesse público secundário (direitos meramente patrimoniais da administração pública), é como visto **contrária ao interesse público primário, porquanto a destinação de elevado montante de recursos a favor de escritório de advocacia sem a devida realização de processo competitivo (artigo 3º da Lei nº 8.666/93) também caracteriza prejuízo ao Poder Público porque impossibilita a escolha da melhor oferta princípio basilar da Lei de Licitações.***

[...]

*Logo, os elementos coligidos e retro analisados demonstraram, quantum satis, a indevida inexistência do procedimento licitatório, homologada por José Geraldo (Chefe do Poder Executivo), conduta que se amolda ao crime do artigo 89, caput, da Lei nº 8.666/93."*

*Nessa perspectiva, se as instâncias ordinárias, diante da valoração plena das provas obtidas no curso da ação penal, entenderam, de forma fundamentada, que o paciente praticou o crime pelo qual foi condenado, afastando, minuciosamente, a tese de insuficiência probatória, o exame de tais alegações por esta Corte Superior de Justiça demandaria exame aprofundado do acervo fático-probatório, inviável, repita-se, na via eleita.*

*Ademais, no que concerne especificamente ao pleito defensivo de reconhecimento da atipicidade da conduta imputada ao paciente, em razão de alegada inexistência de especial fim de agir e de efetivo dano ao erário, tem-se que também não deve prosperar a presente impetração.*

*De fato, é cediço neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8666/1993, "é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública" (RHC n. 90.930/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 1º/8/2018).*

*No mesmo sentido, ilustrativamente:*

**"PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO E DANO AO ERÁRIO VERIFICADOS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AO ART. 599 DO CPP. DECISÃO**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**EXTRA PETITA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.**

***I - No presente caso, verifica-se que o acórdão ora atacado consignou que a dispensa de licitação se deu em desconformidade com o procedimento previsto na Lei de Licitação, bem como registrou a existência de prejuízo ao erário e o dolo do ora recorrente que, na condição de sócio-administrador da empresa Elmo Engenharia Ltda, atuou em conjunto com corrêu e se beneficiou das fraudes nos convênios firmados entre a sociedade empresária e a Prefeitura do Município de Morrinhos - GO.***

***II - Assim, tendo assentado o Tribunal a quo, com esteio no conjunto fático-probatório dos autos, o dolo específico do agente em causar dano à Administração Pública e a produção do resultado danoso ao erário, para infirmar as alegações do Colegiado e absolver o ora recorrente, como pretende com a tese defensiva aviada, seria necessário o revolvimento do conjunto fático probatório. Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, que dispõe, verbis: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".***

***[...]***

***Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.221.045/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 28/6/2018, grifei).***

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXTENSÃO DO RESP 1.315.077/DF. IDENTIDADE DE SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. DOLO ESPECÍFICO NÃO DEMONSTRADO. CIRCUNSTÂNCIA QUE APROVEITA AO PACIENTE. ART. 580 CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.**

***1. Nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, a decisão do recurso interposto por um dos acusados, se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.***

***2. Hipótese na qual resta demonstrada a similitude fático-processual entre o paciente e os corrêus - porquanto a absolvição se baseou na ausência de demonstração do dolo específico dos agentes para o fim de causar prejuízo ao Erário, o que não configura circunstância de caráter exclusivamente pessoal -, devendo, portanto, ser a decisão estendida ao primeiro.***

***3. Habeas corpus concedido para deferir a extensão ao paciente os efeitos da decisão proferida nos autos do REsp 1.315.077/DF, restabelecendo a sentença absolutória exarada nos autos da Ação Penal 2002.01.1.012479-6" (HC n. 442.353/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2018).***

**"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ABSOLVIÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. QUESITOS NÃO DEMONSTRADO. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.**

***1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para***

# Superior Tribunal de Justiça

a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais - art. 89 da Lei n. 8.666/93 -, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública.

2. No presente caso, o Tribunal a quo, ao reformar a sentença de primeiro grau, que absolveu o paciente, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP, mencionou ser dispensável a demonstração do dolo específico, em desacordo com a jurisprudência desta Corte superior.

3. Habeas Corpus concedido para determinar o restabelecimento da sentença absolutória, estendendo os efeitos desta decisão aos demais corréus" (HC n. 446.969/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 29/6/2018).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO ART. 89 DA LEI N 8.666/93. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. TESES JURÍDICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. ILEGALIDADE PATENTE. OCORRÊNCIA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÕES (ART. 89 DA LEI 8.666/93). DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, PORÉM COM CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.

2. A Corte Especial deste Sodalício, no julgamento da Ação Penal originária n. 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 mencionado (art. 89 da Lei n. 8.666/1993).

3. Agravo regimental a que se nega provimento, mas com concessão de habeas corpus de ofício a fim de absolver o acusado pela prática do delito previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/93" (AgRg no AREsp n. 1.254.177/MG, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/6/2018).

Entretanto, in casu, ao contrário do que assevera o impetrante, o eg. Tribunal de origem, soberano na aferição do arcabouço fático-probatório, entendeu que restaram devidamente comprovados não só o elemento subjetivo especial do tipo, qual seja, a intenção de causar dano ao erário, mas também o efetivo prejuízo aos cofres públicos.

A esse respeito, restou consignado que "o dolo de José Geraldo restou evidenciado pela homologação do procedimento de inexigência de licitação ao arripio de diversos comunicados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (v.g. Comunicados SDG nº 32/2013 e GP nº 19/2016) prova direta e convergente, excludente

# Superior Tribunal de Justiça

de qualquer outra versão factível e favorável, restando demonstrado o animus de lesar o erário. [...] O prejuízo financeiro ao erário é irrefutável, na medida em que a municipalidade arcou com o pagamento de mais de dois milhões de reais para a execução dos serviços cuja competência e capacidade técnica incumbia diretamente à Procuradoria local, conforme acima discorrido" (fls. 36-38 - grifei).

Destarte, afere-se que restou sobejamente demonstrado pela eg. Corte estadual a materialidade e a autoria do delito, bem como o dolo específico e a efetiva comprovação de prejuízo ao erário público, de modo que é inviável a alteração de tais conclusões nesta oportunidade, por demandarem a análise fático-probatória, o que é vedado na via do habeas corpus, consoante consignado alhures.

Por fim, insta consignar que, no que concerne aos pleitos defensivos de declaração de nulidade, em razão da ausência de membro do Parquet durante a sessão de julgamento do ora paciente, bem como de reconhecimento de atipicidade, sob argumento de que houve a alteração no complemento do preceito primário da novel tipificação do crime de contratação direta, agora previsto no art. 337-E do Código Penal, o qual teria suprimido a menção à natureza singular do serviço, é inviável, no ponto, o conhecimento do presente habeas corpus, porquanto os temas suscitados pela il. Defesa, devidamente delineados acima, não foram examinados pelo eg. Tribunal de origem.

Assim, se as questões suscitadas no presente **habeas corpus** não foram objeto de análise do eg. Tribunal **a quo**, fica impedida esta Corte Superior de proceder ao seu exame, **sob pena de atuar em indevida supressão de instância.**

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes:

**"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. MANDAMUS NÃO INSTRUÍDO COM CÓPIA DO PROVIMENTO JUDICIAL QUESTIONADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.**

1. É inviável o conhecimento do habeas corpus, uma vez que a defesa se insurge contra decisão singular de Desembargador do Tribunal de origem, contra a qual seria cabível agravo regimental, que não foi interposto. Precedentes do STJ e do STF.

[...]

4. Agravo regimental desprovido" (AgInt no HC 409.060/RN, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 28/02/2018, grifei).

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO LIMINAR AO WRIT. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA IMPETRAÇÃO NESSA CORTE. NULIDADE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

# *Superior Tribunal de Justiça*

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. **A questão referente à nulidade decorrente da ausência de realização de audiência de custódia não foi submetida à análise do órgão colegiado do Tribunal de origem, considerando que não houve a interposição do devido agravo regimental contra a decisão monocrática do relator que negou seguimento liminar ao writ sem análise do mérito. Assim, não compete a esta Corte Superior, o debate da tese levantada pela defesa, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.**

3. Não tendo sido individualizada a situação prisional de cada réu, mostra-se inviável a verificação coletiva da questão relativa à não realização da audiência de custódia, uma vez que não é possível saber para quais acusados o tema ficou superado em virtude da decretação de prisão preventiva. Habeas corpus não conhecido" (HC 385.063/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 14/11/2017, grifei).

**"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS NO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO UNIPESSOAL DE DESEMBARGADOR NÃO CONHECENDO DO WRIT. FALTA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA SÚPLICA NESTE STJ. PRECEDENTES. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE. AUSÊNCIA.**

1 - Em que pese ser o habeas corpus via impugnativa e autônoma, tem suas hipóteses de cabimento na Constituição Federal, de modo que esta Corte Superior não tem competência para todo e qualquer pedido de constrangimento ilegal apresentado por meio do writ. Decisão singular de desembargador não se enquadra como ato coator de 'tribunal'. É preciso esgotar a instância ordinária por meio de agravo regimental.

2 - A decisão proferida em sede de juízo de retratação, por ocasião da interposição do recurso em sentido estrito, não necessita ser minuciosamente fundamentada, não existindo nulidade no caso em análise. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

3 - Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 401.079/SP, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 12/12/2017, grifei).

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O WRIT NA ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO INTERPOSTO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO COLEGIADO DO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. O inconformismo dirigido contra decisão de Desembargador que, ao analisar o habeas corpus, indefere liminarmente o writ, deve ser o recurso de agravo

# Superior Tribunal de Justiça

regimental para oportunizar o debate do tema pelo respectivo órgão colegiado e posterior impetração da ordem perante esta Corte Superior.

2. Em creditamento às instâncias ordinárias, que primeiro devem conhecer da controvérsia, para, então, ser inaugurada a competência do Superior Tribunal de Justiça, fica inviabilizado o conhecimento deste mandamus.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 399.172/MA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 01/08/2017, grifei).

Ademais, vale ressaltar, inclusive, que esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de que, **mesmo eventual nulidade absoluta, não pode ser declarada em supressão de instância**. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE DESEMBARGADOR RELATOR PARA PROFERIR DECISÃO. NÃO CONFIGURADA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. DECISÃO DE JUIZ DE 1º GRAU. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA MODIFICAR OS ATOS JUDICIAIS. ART. 105, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Falece competência a esta Corte, a teor do art. 105, I, "c", da Constituição Federal, para julgar habeas corpus impetrado contra despacho de mero expediente proferido por Desembargador Relator, sem qualquer carga decisória, após o Órgão Especial do TJRJ ter determinado a remessa do feito para o 1º Grau.

II - Inviável qualquer manifestação a respeito de decisão declinatória de competência proferida pelo Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital, uma vez que, sob o mesmo fundamento legal acima indicado, esta Corte não tem competência para examinar habeas corpus impetrado diretamente contra ato de Juiz de 1º Grau.

III - **Mesmo a suposta nulidade absoluta deve ser objeto de decisão pelo eg. Tribunal de Justiça, para que seja inaugurada a competência desta Corte e afastada a supressão de instância.**

IV - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido" (AgRg nos EDcl no HC n. 448.209/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 09/08/2018, grifei).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. ALEGADA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o

# *Superior Tribunal de Justiça*

*prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.*

**3. Com efeito, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).**

**4. De mais a mais, "no Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523/STF), inócurrenente na espécie.**

**5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.782/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 12/12/2017, grifei).**

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATO OBSCENO. NULIDADE DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA UM ANO APÓS OS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.**

**1. Inviável avaliar a alegação de nulidade absoluta do feito se ela não foi levada a exame do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.**

**2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.**

**[...] (RHC n. 87.472/MG, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 15/02/2018, grifei).**

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. INCOMPETÊNCIA. SUPRESSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

**1. O habeas corpus foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo transitado em julgado; é, portanto, substitutivo de revisão criminal. Por força do art. 105, I, "e", da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Não existindo nesta Corte julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência deste Tribunal para o julgamento do presente pedido.**

**2. Ademais, as questões aventadas neste habeas corpus - incompetência do Juízo, nulidade da busca e apreensão, assim como do laudo pericial e inépcia da denúncia - não foram sequer objeto de análise pelo Tribunal a quo, o que impede**



# Superior Tribunal de Justiça

*também o seu conhecimento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, pois até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária.*

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 395.493/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 25/05/2017, grifei).

Dessarte, como já asseverado no **decisum** vergastado, se as instâncias ordinárias, diante da valoração plena das provas obtidas no curso da ação penal, entenderam, de forma fundamentada, que o paciente praticou o crime pelo qual foi condenado, afastando, minuciosamente, a tese de insuficiência probatória, o exame de tais alegações por esta Corte Superior de Justiça **demandaria exame aprofundado do acervo fático-probatório, inviável, repita-se, na via eleita.**

Ademais, no que concerne especificamente ao pleito defensivo de reconhecimento da atipicidade da conduta imputada ao paciente, em razão de alegada inexistência de especial fim de agir e de efetivo dano ao erário, **tem-se que também não deve prosperar a presente impetração.**

Outrossim, descabida a alegação de inexistência de dolo em causar dano ao erário, na medida em que as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas amealhados aos autos, entendeu que **restaram devidamente comprovados não só o elemento subjetivo especial do tipo, qual seja, a intenção de causar dano ao erário, mas também o efetivo prejuízo aos cofres públicos.**

A esse respeito, restou consignado que "*o dolo de José Geraldo restou evidenciado pela homologação do procedimento de inexigência de licitação ao arrepio de diversos comunicados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* (v.g. Comunicados SDG nº 32/2013 e GP nº 19/2016) *prova direta e convergente, excludente de qualquer outra versão factível e favorável, restando demonstrado o animus de lesar o erário. [...] O prejuízo financeiro ao erário é irrefutável, na medida em que a municipalidade arcou com o pagamento de mais de dois milhões de reais para a execução dos serviços cuja competência e capacidade técnica incumbia diretamente à Procuradoria local, conforme acima discorrido*" (fls. 36-38 - grifei).

Destarte, afere-se que **restou sobejamente demonstrado pela eg. Corte**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**estadual a materialidade e a autoria do delito, bem como o dolo específico e a efetiva comprovação de prejuízo ao erário público**, de modo que é inviável a alteração de tais conclusões nesta oportunidade, por demandarem a análise fático-probatória, o que é vedado na via do **habeas corpus**, consoante consignado alhures.

**Por fim**, insta consignar que, no que concerne aos pleitos defensivos de declaração de nulidade, em razão da ausência de membro do **Parquet** durante a sessão de julgamento do ora paciente, bem como de reconhecimento de atipicidade, sob argumento de que houve a alteração no complemento do preceito primário da novel tipificação do crime de contratação direta, agora previsto no art. 337-E do Código Penal, o qual teria suprimido a menção à natureza singular do serviço, é inviável, **no ponto**, o conhecimento do presente **habeas corpus**, porquanto os temas suscitados pela il. Defesa, devidamente delineados acima, **não foram examinados pelo eg. Tribunal de origem**.

Assim, se as questões suscitadas no presente **habeas corpus** não foram objeto de análise do eg. Tribunal **a quo**, fica impedida esta Corte Superior de proceder ao seu exame, **sob pena de atuar em indevida supressão de instância, que impede a análise mesmo de aventada nulidade absoluta**.

Assim, verifica-se que a defesa não logrou êxito em desconstituir as premissas da decisão ora agravada que, por conseguinte, deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 669.347 - SP (2021/0160441-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**  
**AGRAVANTE** : JOSE GERALDO GARCIA  
**ADVOGADOS** : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120  
ANDERSON POMINI - SP299786  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:**

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

7. Agravo regimental desprovido.

Trata-se de agravo regimental interposto por JOSÉ GERALDO GARCIA contra a decisão do eminente Ministro Jesuíno Rissato de fls. 2.150-2.165, que não conheceu do *habeas corpus*.

# Superior Tribunal de Justiça

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, à pena de 4 anos e 8 meses de detenção em regime semiaberto e ao pagamento de multa, pela prática prevista no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 61, II, *g*, do Código Penal (fls. 22-44).

Nas razões recursais, insiste o agravante em estar caracterizada flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Defende a nulidade do acórdão condenatório por ausência do Ministério Público na sessão de julgamento.

Salienta a desnecessidade de revolvimento de matéria fático-probatória para aferição da atipicidade da conduta que lhe foi imputada. Nesse ponto, defende que não foi comprovado o dolo específico, porque a contratação do escritório de advocacia, com inexigibilidade de licitação, fora precedida de parecer jurídico favorável da Procuradoria municipal. Afirma que também não ficou demonstrado o vínculo subjetivo entre os agentes.

Argumenta que houve alteração do preceito primário do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 pelo art. 337-E da nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), tema de ordem pública.

Defende que a discussão sobre singularidade dos serviços, que teria sido o cerne da condenação, não é mais necessária por ter sido dispensada na nova lei, requisito substituído pela “natureza predominantemente intelectual”. Acrescenta ser possível o reconhecimento da retroatividade do complemento mais benéfico e da desnecessidade de demonstração da natureza singular do serviço na hipótese do novel art. 74, II, *e*, da Lei n. 14.133/2021 e de enquadramento do caso na hipótese da antiga inexigibilidade de licitação (art. 25, II, c/c o art. 13, V, da Lei n. 8.666/1993), sendo o serviço dotado de singularidade (fls. 2.168-2.187).

Requer o provimento do agravo e a concessão da ordem pleiteada, ainda que de ofício, para absolvê-lo da imputação.

Apresentado em mesa o recurso, em 21/9/2021, para melhor exame da matéria, pedi vista antecipada dos autos.

Após atento exame da matéria, apesar do costumeiro brilhantismo dos votos do Ministro Jesuíno Rissato, entendo que o agravo regimental merece provimento.

# Superior Tribunal de Justiça

Como relatado, pretende o agravante sua absolvição ao argumento de atipicidade da conduta que lhe foi imputada, de contratação direta ilegal (art. 89 da Lei n. 8.666/1993).

No caso, colhe-se dos autos que o agravante foi condenado como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 porque, como prefeito do Município de Salto (SP), homologou o procedimento de inexigibilidade de licitação na contratação do escritório de advocacia Nelson Willians & Advogados Associados, em contrariedade ao disposto nos arts. 25, II, e 13, III e V, da Lei n. 8.666/1993.

O contrato de prestação de serviços advocatícios, segundo a narrativa acusatória, tinha por finalidade o ajuizamento de ações judiciais para recuperação de contribuições previdenciárias incidentes sobre verbas indenizatórias. Contudo, conforme o Ministério Público, os serviços advocatícios não eram excepcionais ou singulares e, portanto, podiam ser prestados por qualquer outro escritório, inclusive pela própria Procuradoria municipal.

Em relação ao dolo específico, assentou o Tribunal antecedente que ficou demonstrado que o recorrente desconsiderara os Comunicados SDG n. 32/2013 e GP n. 19/2016 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o que excluiria “qualquer outra versão factível e favorável” e comprovaria o *animus* de lesar o erário (fls. 22-44).

O delito de “dispensar” ou de “inexigir” licitação fora das hipóteses previstas em lei era, à época dos fatos, previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, que dispunha o seguinte:

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

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

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

Com o advento da Lei n. 14.133/2021, a matéria passou a ser disciplinada pelo art. 337-E do CP, segundo o qual "admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa".

Esses dispositivos são, em verdade, normas penais em branco, cujo preceito primário depende da complementação das hipóteses, antes previstas nos arts. 24 e 25 da revogada Lei n. 8.666/1993, agora estabelecidas nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021. Ou seja, estando configurada alguma hipótese de inexigibilidade ou dispensa de licitação, conforme lecionam Vicente Greco Filho *et al*, “afasta-se a ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, tornando o fato atípico”

# Superior Tribunal de Justiça

(*Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos [e-book]*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021). Assim, dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver previsto entre as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

Tema bastante controvertido na jurisprudência é a contratação de serviços de advocacia no âmbito da administração pública.

A Lei n. 8.666/1993, no art. 13, V, caracterizava o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas” como serviço técnico especializado, que poderia ser contratado com inexigibilidade de licitação se demonstrada a notória especialização do profissional e a singularidade do objeto. Sobre o tema, pontua Marçal Justen Filho:

Ora, essas circunstâncias significam que cada sujeito encarregado de promover o serviço produzirá alternativas qualitativamente distintas. As soluções serão tão variadas e diversas entre si como o são as características subjetivas da criatividade de cada ser humano. Considere-se o sempre problemático exemplo do exercício da advocacia forense. Consultem-se diversos advogados e cada qual identificará diversas soluções para a condução de uma causa. Todas elas poderão ser cientificamente defensáveis e será problemático afirmar que uma é “mais certa” do que outra. Algumas alternativas poderão ser qualificadas como “erradas”, mas mesmo essa qualificação poderá ser desmentida pela evolução dos fatos e tendo em vista a natureza contextual dos problemas enfrentados. Depois, cada advogado executará a solução técnica de modo distinto. Cada qual imprimirá à sua petição um certo estilo, valer-se-á de palavras diversas, de argumentos distintos. A condução de uma causa perante a Justiça ou a Administração nunca será exatamente idêntica a uma outra, realizada por advogado diverso. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [e-book]*. Rio de Janeiro: RT, 2019.)

No entanto, com o advento da Lei n. 14.133/2021, nos termos do art. 74, III, o requisito da singularidade do serviço advocatício deixou de ser previsto em lei, passando a ser exigida a demonstração da notória especialização e a natureza intelectual do trabalho. Essa interpretação, aliás, é reforçada pela inclusão do art. 3º-A do Estatuto da Advocacia pela Lei n. 14.039/2020, segundo o qual “os serviços profissionais de advogado **são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização**, nos termos da lei”. Desse modo, considerando que o serviço de advocacia é por natureza intelectual e singular, uma vez demonstrada a notória especialização e a necessidade do ente público, será possível a contratação direta.

Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, a mera existência de corpo jurídico no âmbito da municipalidade, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público (REsp n. 1.626.693/SP, relator para o acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 3/5/2017). Em idêntico norte, o entendimento firmado pelo STF de que “o fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores

# Superior Tribunal de Justiça

não obsta legalmente a contratação de advogado particular para a prestação de serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal" (Inq n. 3.074/SC, relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 2/10/2014).

Quanto a esse ponto, ressalta Maria Silvia Zanella Di Pietro o seguinte:

É evidente que, dispondo o Município de corpo de Procuradores com competência específica para a cobrança da dívida ativa, a contratação de terceiros tem que ser devidamente justificada e analisada em cada caso. Os serviços rotineiros, como a cobrança da dívida ativa, não podem ser objeto de contrato de locação de serviços, já que correspondem à função permanente do Município, que dispõe de um quadro também permanente de advogados para desempenhá-la. **Excepcionalmente, a Administração Pública pode defrontar-se com ação de especial complexidade, envolvendo tese jurídica inovadora, ou de considerável relevância para os cofres públicos; nesses casos, em se tratando de serviço de natureza singular, pode preferir contratar advogado de sua confiança e notoriamente especializado, valendo-se da inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, II, da Lei no 8.666/1993.** (*Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, p. 293, destaquei.)

Nesse contexto, ainda que as ações ajuizadas pelo escritório de advocacia contratado tratassem de temas tributários, não seria razoável exigir dos advogados públicos ou procuradorias de municípios de pequeno porte que tenham competências específicas para atuar em demandas complexas.

Ressalte-se, mais uma vez, que o crime em apreço refere-se a norma penal em branco, cuja completude depende da integração das normas que preveem as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, conforme o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição Federal e no art. 2º do CP. Assim, não há dúvida quanto à incidência das alterações promovidas pela Lei n. 14.133/2021 no tocante à supressão do pressuposto de singularidade do serviço de advocacia para contratação direta.

Na espécie, à luz da jurisprudência consolidada sobre a matéria e das modificações promovidas pela Lei n. 14.133/2021 e pelo Estatuto da Advocacia, art. 3º-A, entendo que assiste razão à defesa quanto à atipicidade da conduta imputada ao agravante.

Destaca-se a manifesta falta de comprovação do dolo específico do agente, isto é, da vontade livre e consciente de inexigir licitação fora das hipóteses legais, pois não foi demonstrado que o paciente tinha pleno e atual conhecimento das circunstâncias de fato necessárias para a configuração do tipo penal.

# Superior Tribunal de Justiça

Apesar da divergência doutrinária, o STJ, acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do STF no Inq n. 2.482/MG, assentou que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é indispensável a comprovação do dolo específico de causar danos ao erário. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados: AgRg no RHC n. 108.658/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 22/8/2019; RHC n. 104.476/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 2/8/2019; e HC n. 498.748/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 6/6/2019.

No caso vertente, depreende-se dos autos que o processo de inexigibilidade foi instruído com parecer jurídico favorável à contratação direta, não havendo provas ou menção de conluio ou de comprometimento do parecerista. Essa circunstância afasta a tipicidade da conduta imputada ao agravante, tendo em vista a falta de dolo específico de causar dano ao erário (Inq n. 3.674/RJ, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2017).

A convicção quanto à ausência de dolo específico fica ainda mais evidente quando se atenta para a data dos comunicados encaminhados pelo Tribunal de Contas, tomados pela autoridade coatora como prova do conhecimento do agravante sobre a necessidade de licitação (fls. 22-44). Ora, se a homologação do processo de inexigibilidade ocorreu em 2011 e os comunicados do TCE foram lavrados em 2013 e 2016, por óbvio, não constituem prova do dolo do agente.

Como lembra Cezar Roberto Bitencourt, “eventual conclusão, posterior, em outras instâncias, de que a decisão foi equivocada e que era exigível licitação [...] não tem o condão de atribuir tipicidade ao comportamento que se respaldou em fundamentado parecer jurídico, pois, por óbvio, esbarra na ausência de dolo, na medida em que quem age escudado em estudos de *experts* não pretende violar a norma proibitiva, mas adequar-se a ela”. Salienta ainda que, na eventualidade de a “conclusão posterior est[ar] correta, demonstraria somente que houve uma irregularidade (ou até mesmo uma ilegalidade) puramente administrativa, mas jamais uma infração penal, por falta de tipicidade subjetiva [...]” (*Direito penal das licitações [e-book]*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161).

Portanto, da moldura fática retratada nos autos não se extrai nenhum elemento que demonstre ter o agravante agido com intenção de causar prejuízo ao erário ou de favorecer o escritório de advocacia contratado, circunstância que, efetivamente, afasta a tipicidade da conduta.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência do STF:

Inquérito. Competência criminal originária. Penal. Processo Penal.

[...]

2. Art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação). Prova da



inexigibilidade fora das hipóteses legais. Indícios de autoria.

[...]

6. Necessidade de demonstração de prejuízo ao erário e da finalidade específica de favorecimento indevido. Secretária de Estado. Pareceres pela conveniência e oportunidade da licitação e pela juridicidade da contratação direta. Ausência de indicativo de influência na escolha ou relação com a contratada. Preponderância da prova no sentido da inexistência do propósito de causar prejuízo ou favorecer indevidamente.

7. Denúncia rejeitada. (Inq n. 3.731/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 2/3/2016.)

Em uníssono, a orientação jurisprudencial do STJ:

PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. PROCURADORA JURÍDICA DO MUNICÍPIO E ADVOGADO. CRIMES DE RESPONSABILIDADE E DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE DOLO AFERIDA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Não demonstrado dolo na conduta dos réus na contratação de escritório de advocacia para assessoria tributária e previdenciária ao município, falta justa causa para a increpação pela qual há imputação do crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 e do delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC n. 412.740/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 26/2/2018.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO PROVIDO.

1. Como cediço, a jurisprudência desta Corte Superior acompanha o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de que 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, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar. Precedentes.

2. O *dominus litis*, contrariando entendimento jurisprudencial consolidado, além da ausência de descrição adequadamente, **não colacionou qualquer elemento informativo do dolo específico do prefeito em causar prejuízo à Administração Pública**, bem como da sua efetiva ocorrência. Por conseguinte, diante da ausência de lastro probatório mínimo acerca dos elementos típicos exigidos jurisprudencialmente, de rigor é o trancamento do processo penal por falta de justa causa da exordial, porquanto omitiu circunstância essencial do fato imputado, *sine qua non* à qualificação jurídica do tipo penal.

3. Recurso ordinário provido. (RHC n. 55.155/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 25/2/2016, destaquei.)

# *Superior Tribunal de Justiça*

*HABEAS CORPUS*. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI, DAR CAUSA OU POSSIBILITAR PRORROGAÇÃO CONTRATUAL SEM AUTORIZAÇÃO EM LEI E DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO DO ACUSADO E DE DANOS AO ERÁRIO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Consoante abalizada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a comprovação do dolo direto, como elemento subjetivo do tipo penal, é indispensável para a configuração dos delitos previstos nos artigos 86 e 92, ambos da Lei 8.666/1993 e do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/1967, exigindo-se impreterivelmente ainda, para o primeiro e último caso, a demonstração da circunstância volitiva específica, qual seja, a manifesta vontade de acarretar prejuízos aos cofres públicos.

3. Na hipótese vertente, da moldura fática retratada nos autos, não se extrai figura elementar imperativa à configuração dos delitos imputados ao paciente, uma vez que não se visualiza o dolo direto e específico, isto é, a intenção criminosa do agente, já que contratou, com base em parecer de sua assessoria jurídica, escritório de advocacia especializada, que apresentou tese jurídica favorável ao ente municipal, e até então não contestada, inexistindo, atualmente, notícia concreta de dano ao erário público, muito menos de que tenha o alcaide assim agido com o animus de perseguir tal fim.

4. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal n. 2015.0000501656 no tocante ao paciente. (HC n. 329.227/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 13/10/2016.)

Ante o exposto, com a devida vênia ao eminente relator, **voto no sentido de dar provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de ofício e absolver o agravante da imputação da prática do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, nos termos do art. 386, III, do CPP.**



# *Superior Tribunal de Justiça*

Paciornik.



# *Superior Tribunal de Justiça*

" Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão"

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

Votou vencido o Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).