



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 734181 - SP (2022/0099452-9)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : ISMAR ERNANI DE OLIVEIRA
ADVOGADO : BRUNA FERREIRA BERNARDES DE SOUZA - SP438295
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 SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/90). CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR CONDENAÇÃO DE CONDOTA ATÍPICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO E DO DOLO ESPECÍFICO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE DEMONSTROU SATISFATÓRIAMENTE AMBOS OS ELEMENTOS EXIGIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Agravante condenado em segunda instância pelo crime de dispensa ou inexigência de licitação (art. 89 da Lei nº 8.666/90).
2. Interposição de habeas corpus substitutivo argumentando constrangimento ilegal, pois condenado por fato atípico, já que inexistente o dano ao erário e o dolo específico.
3. Entendimento pacífico desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese. Manutenção da decisão monocrática de não conhecimento da impetração.
4. Exame de ofício. Desnecessidade de reexame de provas. Inexistência de ilegalidade flagrante, uma vez que o acórdão condenatório indica satisfatoriamente tanto a presença do dano ao erário público quanto do dolo específico do Agravante, conforme exigência jurisprudencial. Manutenção da decisão monocrática de não concessão da ordem nessa parte.
5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de março de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 734181 - SP (2022/0099452-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ISMAR ERNANI DE OLIVEIRA
ADVOGADO : BRUNA FERREIRA BERNARDES DE SOUZA - SP438295
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 SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/90). CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR CONDENAÇÃO DE CONDOTA ATÍPICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO E DO DOLO ESPECÍFICO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE DEMONSTROU SATISFATÓRIAMENTE AMBOS OS ELEMENTOS EXIGIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Agravante condenado em segunda instância pelo crime de dispensa ou inexigência de licitação (art. 89 da Lei nº 8.666/90).
2. Interposição de habeas corpus substitutivo argumentando constrangimento ilegal, pois condenado por fato atípico, já que inexistente o dano ao erário e o dolo específico.
3. Entendimento pacífico desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese. Manutenção da decisão monocrática de não conhecimento da impetração.
4. Exame de ofício. Desnecessidade de reexame de provas. Inexistência de ilegalidade flagrante, uma vez que o acórdão condenatório indica satisfatoriamente tanto a presença do dano ao erário público quanto do dolo específico do Agravante, conforme exigência jurisprudencial. Manutenção da decisão monocrática de não concessão da ordem nessa parte.
5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por Ismar Ernani de Oliveira contra decisão monocrática do Em. Ministro Jesuíno Rissato, que não conheceu da impetração do *habeas corpus*, por considerá-lo substitutivo de recurso próprio, e no exame de ofício, concedeu a ordem apenas para fixar o regime aberto como inicial de cumprimento de pena (e-STJ fls. 1073-1093).

O Agravante foi condenado pela prática do crime de dispensa de licitação (art. 89 da Lei nº 8.666/93) à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de detenção e 18 (dezoito) dias-multa, por ter, entre janeiro de 2013 e abril de 2015, assinado as notas de empenho, obrigando o Município a pagar os contratos de fornecimento de peças e acessórios de microcomputadores, teclados, mouses, placas mãe, HD's, fontes, memórias, cabos, firmados com a empresa Carlos André de Souza Possendoro - ME sem realização de prévia licitação, e, posteriormente, liberando os valores a título de pagamento (e-STJ fls. 533-543).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação e somente afastou o reconhecimento da continuidade delitiva, abaixando a pena do Agravante para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa (e-STJ fls. 808-829).

Em face do acórdão a Defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, substitutivo de recurso especial em favor do Agravante, argumentando a existência de constrangimento ilegal, pois foi condenado por fato atípico, já que inexistente o *dolo específico* e o resultado de *dano ao erário público*, exigidos pela jurisprudência para a configuração do crime disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, e, subsidiariamente, que a fixação do regime semi-aberto como o inicial de cumprimento de pena foi realizada sem fundamentação, mesmo após diminuição da pena em sede de apelação (e-STJ fls. 03-19).

O Em. Ministro Jesuíno Rissato não conheceu da mencionada impetração, por ser substitutiva de recurso especial, e, no exame de ofício, concedeu a ordem somente para fixar o regime aberto como o inicial de cumprimento. No que tange à tese da atipicidade da conduta, a decisão dispôs:

[...]. Da análise dos excertos colacionados, verifica-se que as instâncias ordinárias, mediante exauriente exame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, entenderam pela configuração do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8666/1993, demonstrando com base no arcabouço probatório o dolo específico de lesar o erário, bem como o prejuízo decorrente, uma vez que "a quantidade exorbitante de produtos comprados, em curto espaço de tempo, as compras repetidas dos mesmos itens e a maneira como eram efetuadas, além do fato de

*que o mesmo modus operandi se dava em relação a outras empresas, deixa claro que os réus agiam de forma planejada. para burlar a licitação, reiteradamente. caracterizando, assim, o dolo específico de causar dano ao erário" (fls. 990-991). Nesse cenário, **entender de forma contrária demandaria aprofunda dilação probatória que, de notória sabença, é incompatível com a via eleita, que se presta a sanar ilegalidade passível de aferição de plano** o que, nos limites cognitivos da presente impetração, não é o caso [...] (e-STJ fls. 1085-1086).*

Contra essa decisão, a Defesa interpôs o presente agravo regimental, argumentando que *"não há que se falar em exame aprofundado de prova ou revolvimento de provas. É caso típico de atipicidade do fato por ausência de dolo específico. A condenação do paciente foi baseada em uma omissão, conforme consta expressamente na denúncia, sentença e acórdão. Além disso, a denúncia e a condenação partem do princípio de que a ausência de licitação gera um dano presumido"* (e-STJ fl. 1106).

O Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou contrarrazões ao agravo, requerendo o seu não conhecimento por ausência de demonstração de flagrante ilegalidade, e, subsidiariamente, o não provimento, pois o dolo foi expressamente considerado pelo Tribunal e afastar essa conclusão demandaria revolvimento probatório (e-STJ fls. 1135-1147). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo, pois a matéria demandaria reexame de provas (e-STJ fls. 1122-1130).

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido, mas, no mérito, **não merece provimento**.

De um lado, conforme corretamente afirmado pela decisão recorrida, a jurisprudência pacífica deste col. STJ é no sentido de que não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, não existindo razão para reformá-la. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. HABITUALIDADE DELITIVA. NECESSIDADE REVOLVIMENTO DO ACERVO FATICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

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. [...]

(AgRg no HC n. 853.767/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.)

De outro lado, no que toca à análise feita de ofício, apesar da coerente argumentação do Agravante de que os temas levantados no *habeas corpus* não exigem reexame de provas, **não se vislumbra a presença de flagrante ilegalidade no acórdão que julgou a apelação** e, por consequência, não há razão para reforma da decisão monocrática que não concedeu a ordem de ofício nessa parte.

O primeiro argumento levantado pelo Agravante é o de que a conduta pela qual foi condenado é atípica, pois não se indicou a presença do necessário resultado de prejuízo ao erário.

Em que pese a exigência de um resultado diverso da conduta de dispensar licitação, e verificável após a sua prática, que represente um dano ao erário público seja, no mínimo, controversa, pois a literalidade do tipo penal indica em sentido contrário (trata-se de crime de mera conduta e de perigo abstrato), fato é que a jurisprudência pacífica desse col. Tribunal Superior exige sua configuração para a tipicidade do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (a título exemplificativo: *APn n. 480/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, j.29/3/2012; AgRg no RHC n. 171.110/BA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 20/6/2023 e AgRg no AREsp n. 1.630.006/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 25/8/2020*).

Porém, mesmo partindo dessa exigência, o que está provado nos autos - fatos que esse STJ não pode desconstituir, pois aí sim seria reexame probatório - indica a presença do necessário prejuízo ao erário.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou os seguintes fatos:

[...] conforme o apurado, mesmo com a Prefeitura celebrando sucessivos contratos de locação de impressora, com o fornecimento dos respectivos suprimentos, exceto papel, adquiriu-se 142 (cento e quarenta e dois) cartuchos de impressora e 12 (doze) toners, da empresa do corréu Carlos André, sem contar os 1052 (mil e cinquenta e dois) cartuchos de impressoras, adquiridos da empresa “X-Treme & Companynet Ltda ME”, no período investigado, o que confere maior

certeza às irregularidades ali praticadas. E, ao reverso do alardeado, inexistem nos autos qualquer documento comprobatório do recebimento das mercadorias adquiridas pelo município ou mesmo que eram realizadas, ainda que informalmente, cotações visando a posterior aquisição de materiais do fornecedor que apresentasse o menor preço.

E não há dúvida, de qualquer modo, acerca do prejuízo à Municipalidade. Isso porque, ao contratar a empresa em questão, sem licitação impossibilitaram que a Administração se beneficiasse da melhor proposta e preteriram os demais prestadores do mesmo serviço, primados que de certo inspiraram a legislação de regência que aqui deve ser aplicada [...] (e-STJ fls. 823-824).

Extraí-se, portanto, do que foi provado nos autos, que a celebração do contrato administrativo com dispensa de licitação por meio da assinatura das notas de empenho pelo Agravante apresenta três características claramente indicativas de dano: (i) o objeto dos contratos celebrados sem licitação era, em parte, *desnecessário*, pois o Município já havia celebrado sucessivos contratos de locação de impressora que fornecia parte dos bens posteriormente adquiridos; (ii) a ausência de licitação impediu que a *aquisição dos bens fosse feita pelo melhor preço possível*, principalmente existindo notícia de que havia outras empresas que vendiam os mesmos bens e (iii) o cumprimento da contraprestação não foi demonstrado, ou seja, não se demonstrou que o que foi comprado foi efetivamente entregue ao Município.

Na medida em que o Município celebrou contratos de compra de bens *desnecessários*, por preços que não se sabe se são competitivos e, mesmo após o pagamento, não ter recebido a contraprestação, entendo que o dano ao erário público está satisfatoriamente indicado para fins de configuração do prejuízo exigido pelo entendimento jurisprudencial para o tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93.

O segundo argumento apresentado pelo Agravante é o de que foi condenado por conduta atípica, pois não teria agido com o chamado "*dolo específico*" de atingir o erário.

Também essa exigência é, no mínimo, questionável, pois o tipo penal não faz menção a um elemento subjetivo especial (p. ex.: "com fim de") para que se possa afirmar que somente aqueles que dispensam licitação com o objetivo de causar dano ao erário é que o praticam.

No entanto, a pacífica jurisprudência formada na Corte exige o mencionado elemento subjetivo especial (a título exemplificativo: *AgRg no RHC n. 181.373/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 16/10/2023 e AgRg no RHC n. 167.879/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 18/9/2023*).

É importante destacar, ainda, a razão pela qual a jurisprudência faz essa exigência, conforme expressamente indicado pelo col. Supremo Tribunal Federal: "[...]. 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois **é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais [...]**" (Inq 2616, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29-05-2014 - grifos acrescidos).

Partindo dessa exigência jurisprudencial e de sua razão para fazê-lo, entendo que, com o que está provado nos autos, também o "**dolo específico**" ficou demonstrado.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou os seguintes fatos:

*[...] De outro giro, tampouco socorre aos réus alegação de ausência de elemento subjetivo próprio, ou de que não agiram com dolo na hipótese. In casu, como bem pontuado pela sentenciante, a **quantidade exorbitante de produtos comprados, em curto espaço de tempo, as compras repetidas dos mesmos itens (conforme as planilhas dos produtos) e a maneira como eram efetuadas, além do fato de que o mesmo modus operandi se dava em relação a outras empresas, deixa claro que os réus agiam de forma planejada, para burlar a licitação, reiteradamente, caracterizando, assim, o dolo específico de causar dano ao erário.** Cabia, por outro lado, em última análise, a cada um deles, no exercício de sua respectiva função, observar a necessidade de realização de licitação para tanto, o que não efetuaram. A má-fé na postura está evidenciada tanto pela aprovação ágil e manifestamente irregular da contratação, como pela execução quase que imediata dos contratos, com a transferência de valores à empresa... E ainda que assim não fosse, não se poderia invadir o âmago do sujeito para que depreendido seu elemento subjetivo. Ao revés, **o estado anímico é extraído de dados objetivos, e que prestam inequívoco desfavor aos aqui acusados.** Não são, nessa ordem de ideias, indicativos de mera indiferença em relação ao bem jurídico que haveriam de tutelar; demonstram, isto sim, a vontade inequívoca de lesar os cofres públicos por benefícios quicá inconfessáveis [...]* (e-STJ fls. 822-825).

Extrai-se, portanto, que a quantidade de bens adquiridos no curto espaço de tempo, aliada à aquisição de itens repetidos e à execução imediata dos contratos celebrados, ou seja, sem o mínimo trâmite interno, com o pagamento mesmo sem o recebimento comprovado dos bens adquiridos, é claro indicativo de que a conduta do Agravante não é mero descumprimento de regra administrativa de realização de licitação, mas sim efetivo agir para utilizar o erário público em benefício privado, o que, para a jurisprudência, é suficiente para indicar o mencionado

elemento subjetivo especial do tipo.

O Agravante argumenta, ainda, que teria sido condenado por conduta "omissiva", o que seria incompatível com a exigência do elemento subjetivo especial. No entanto, não lhe assiste razão nesse ponto.

De início, a condenação se deu por comissão, uma vez que foi o Agravante que assinou as notas de empenho, criando a obrigação jurídica no Município de pagar a empresa contratante. Em momento algum, seja na narrativa da denúncia, seja na sentença e no acórdão condenatórios há discussão a respeito da existência de situação de perigo a um bem jurídico que o Agravante deveria ter atuado para impedir que se tornasse um dano (o que configuraria uma imputação por omissão). Há, no máximo, indicações de que se espera do agente público a máxima diligência com o patrimônio que administra e que ele deveria ter realizado a licitação. Porém, a imputação feita ao Agravante é de ter praticado comportamento que criou o risco ao erário público, que foi o de assinar as notas de empenho (o que configura imputação por comissão). Portanto, não há que se falar em omissão.

Porém, ainda que se admitisse a imputação a título omissivo, não há incompatibilidade a priori entre a responsabilidade por omissão e a presença de um elemento subjetivo especial, como argumentou a Defesa. Ao contrário, é plenamente possível que alguém, na qualidade de garantidor, seja responsabilizado a título de omissão imprópria e, ademais, identifique-se em sua conduta não só o dolo, mas também algum especial fim de agir. Portanto, a alegada incompatibilidade *a priori* não existe.

Sendo assim, tanto o dano ao erário quanto o elemento subjetivo da intenção de atingi-lo estão indicados no acórdão condenatório, razão pela qual não há flagrante ilegalidade a motivar a reforma da decisão monocrática para conceder a ordem de ofício.

Ante todo o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0099452-9

**AgRg no
HC 734.181 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00005456220178260588 00005525420178260588 5456220178260588
5525420178260588

EM MESA

JULGADO: 05/03/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNA FERREIRA BERNARDES DE SOUZA
ADVOGADO : BRUNA FERREIRA BERNARDES DE SOUZA - SP438295
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISMAR ERNANI DE OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ISMAR ERNANI DE OLIVEIRA
ADVOGADO : BRUNA FERREIRA BERNARDES DE SOUZA - SP438295
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.