

Superior Tribunal de Justiça

**TutPrv no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 968.440 - SP
(2016/0216216-6)**

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
REQUERENTE : JOSÉ CARLOS FERNANDES CHACON
ADVOGADOS : ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI E
OUTRO(S)
JORGE TADEO GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI E
OUTRO(S)
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

JOSÉ CARLOS FERNANDES CHACON ajuíza tutela de urgência objetivando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, inadmitido na instância *a quo*, objeto de agravo protocolizado no Tribunal de origem, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 1683/1684):

APELAÇÃO CRIMINAL DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INOCORRÊNCIA PENA APLICADA NÃO EXCEDE A 04 (QUATRO) ANOS - LAPSO TEMPORAL DE 08 (OITO) ANOS ENTRE AS INTERRUPÇÕES LEGAIS NÃO ATINGINDO PRELIMINARES REJEITADAS.

APELAÇÃO CRIMINAL DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SENILIDADE INTERCORRENTE RÉU COMPLETOU SETENTA ANOS ENTRE A SENTENÇA CONDENATÓRIA E O PRESENTE ACÓRDÃO INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 115, DO CÓDIGO PENAL - PRECEDENTES - PRELIMINAR REJEITADA.

APELAÇÃO CRIMINAL - DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NULIDADE INOCORRÊNCIA - A MANIFESTAÇÃO JUDICIAL QUE RECEBE A EXORDIAL ACUSATÓRIA PRESCINDE DE MOTIVAÇÃO, POIS A ANÁLISE PREVISTA NO ARTIGO 395 DO CPP É ANTECEDENTE E FOI EVIDENTEMENTE OBSERVADA - QUESTIONAMENTO FEITO EM MOMENTO INOPORTUNO - MATÉRIA PRECLUSA - PRELIMINAR REJEITADA.

APELAÇÃO CRIMINAL - DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - ABSOLVIÇÃO ATIPICIDADE DA CONDUTA OU INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE BEM

Superior Tribunal de Justiça

COMPROVADAS - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

APELAÇÃO CRIMINAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA - INADMISSIBILIDADE - REPRIMENDA E FRAÇÕES FIXADAS DENTRO DOS LIMITES LEGAIS E DE FORMA FUNDAMENTADA CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS DESPROVIDOS.

Apresentados embargos de declarações, estes foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte requerente negativa de vigência do art. 89 da Lei n. 8.666/93. Sustenta que para se reconhecer a prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93 é necessária a demonstração do dolo específico direcionado à fraude ao erário ou prejuízo à administração pública.

O recurso especial foi inadmitido no Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 1965/1967).

O requerente, na presente petição, pleiteia a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, inadmitido na instância *a quo*, objeto de agravo no Tribunal, pendente de exame nesta Corte.

No que se refere à presença do *fumus boni iuris*, sublinha a plausibilidade do direito alegado, em sede de recurso especial, em razão da ausência da demonstração do dolo específico na conduta, o que afasta a prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Quanto ao *periculum in mora*, assinala que pretende disputar as eleições de 2016 para Prefeito Municipal, tendo sido intimado pelo Juízo da 401ª Zona Eleitoral - Ferraz de Vasconcelos para apresentar contestação à impugnação apresentada contra o registro de sua candidatura, justamente por conta do processo em epígrafe.

É o relatório.

No presente caso, foi demonstrada na medida cautelar, ainda que em

Superior Tribunal de Justiça

sede de cognição sumária – para o deferimento da medida liminar – a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Vejamos.

A plausibilidade jurídica do pedido está presente.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta.

Nessa linha, os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO.

VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Entende essa Corte que o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 não é de mera conduta, cumprindo ao parquet imputar não apenas a contratação indevida, mas também o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, o que não ocorreu na espécie.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer a inépcia formal da inicial acusatória. (HC 339.303/PI, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016).

HABEAS CORPUS. CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL. NECESSIDADE. PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a presença do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário, com a ocorrência do efetivo prejuízo à Administração Pública.

Superior Tribunal de Justiça

Questão jurídica já decidida pela Sexta Turma (HC n. 299.209/GO).

2. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo ora paciente e anular, ab initio, o processo movido contra ele. Efeitos estendidos aos demais corréus. (HC 316.953/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 09/06/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Como cediço, a jurisprudência desta Corte Superior acompanha o entendimento do 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.

[...]

3. Recurso ordinário provido. (RHC 35.598/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS.

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

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

2. Recurso provido, para trancar a Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal

Superior Tribunal de Justiça

da Comarca de Campos dos Goyatacazes, apenas com relação ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, por inépcia da denúncia, sem prejuízo de que nova inicial seja apresentada. (RHC 65.254/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 10/02/2016).

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. OCORRÊNCIA. OMISSÃO EVIDENCIADA. EFEITOS INFRINGENTES. ACOLHIMENTO.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.
2. No caso em apreço, houve, de fato, omissão relevante quanto ao exame da apontada violação ao art. 89 da Lei n. 8.666/1993.
3. Hipótese em que o acórdão embargado, da lavra do em. Ministro a quem o ora relator sucedeu, ao negar provimento ao agravo regimental interposto pelo réu, deixou de atentar para a circunstância, devidamente suscitada no recurso, de que as instâncias ordinárias reconheceram a inexistência de efetivo prejuízo ao erário, omissão de todo relevante para o julgamento do feito, considerando que há posicionamento consolidado nesta Corte Superior na linha de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a ocorrência de efetivo prejuízo aos cofres públicos.
4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes, para absolver o réu da prática delituosa prevista no art. 89 da Lei de Licitações. (EDcl no AgRg no AREsp 522.754/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. DESCABIMENTO. RECURSO EXCLUSIVAMENTE DEFENSIVO. ANÁLISE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido de que, para que haja a configuração do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é necessário que haja a comprovação do dolo específico e da ocorrência de prejuízo para o Erário. Precedentes.
2. No caso concreto, pela leitura da sentença e do acórdão proferido

Superior Tribunal de Justiça

pelo Tribunal a quo, constata-se não haver menção à ocorrência de prejuízo para a Administração, tendo em vista que o imóvel locado foi efetivamente utilizado pela autarquia durante o período em que vigorou o contrato de locação. Embora a denúncia tenha narrado que o valor do aluguel estaria acima do preço de mercado, a sentença e o acórdão em nenhum momento endossaram tal assertiva. E, para verificar a ocorrência de gravame financeiro para o ente público, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula 7/STJ.

[...]

6. Em recurso especial, é inviável a análise de ofensa a dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.

7. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1471661/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 15/10/2015).

O Tribunal a quo concluiu que ficou efetivamente demonstrado o efetivo prejuízo ao erário, conforme trecho abaixo (e-STJ fls. 1696):

[...]

Ademais, ainda que assim não fosse, é certo que a dispensa de licitação causou efetivo prejuízo aos cofres públicos, porquanto a CEMAD realizava cada exame por valores 15% abaixo da tabela do SUS, pois este era o valor da "taxa de administração" cobrada pela Santa Casa de Suzano, bem como ainda lucrava com "quarteirização" para o Laboratório ANAL1N, o qual certamente, em uma licitação, cobraria um valor ainda menor para realizar tais exames, jogando por terra as alegações defensivas de ausência de lesão aos cofres públicos ou benefício pessoal dos réus.

[...]

Porém, no que diz respeito ao dolo específico, assim consignou a Corte de origem (e-STJ fl. 1695/1696):

[...]

Ora, o tipo penal descrito no artigo 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”.

São recorrentes as decisões que consideram esse crime como de mera conduta, portanto, não se exigindo dolo específico de fraudar o

Superior Tribunal de Justiça

erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, como pretendem as defesas.

Assim, basta, para sua configuração que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa, exatamente como ocorreu no presente caso.

Nesse sentido mesmo sentido, AgRg no Ag 1367169/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012 e REsp 1.185.750/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010.

Portanto, a simplória justificativa de contratar organizações sociais, não basta para tornar a dispensa de licitação em um ato legal, pois, “sua finalidade é exclusivamente social, então, presume-se que o valor cobrado na prestação do serviço seja, ao menos, aquele praticado pelo mercado, senão menor” (fl. 1257), o que, nitidamente, não é o caso dos autos.

Irreparável a r. sentença ao concluir que “o que se viu foi uma evidente burla ao sistema preconizado pelo Direito Administrativo”, pois a contratação da Santa Casa de Suzano, indicada diretamente pelo então secretário de Saúde de Ferraz de Vasconcelos (fl. 736) “foi apenas uma ‘fachada’, a permitir que se fizesse aquilo que, certamente era a real intenção dois gerentes públicos denunciados, ou seja, contratar o laboratório CEMAD para a realização de tais exames, beneficiando-se, assim, as Acusadas Ieda e Marina Isabel” (fl. 1258).

[...]

Por outro lado, é certo que prorrogar um contrato ilegal é tão irregular quanto celebrá-lo, uma vez que no momento da prorrogação a administração possuía acesso a um número maior de dados referente ao serviço contratado do que no momento da celebração do “convênio”.

Consequentemente, alegar desconhecimento quanto à terceirização do serviço, somente reforça a ideia de que não houve o devido cuidado na celebração e na posterior prorrogação do contrato, pois, considerando as teses defensivas, inicialmente dispensou-se a licitação fora das hipóteses legais para contratar um serviço desconhecido e, em seguida, mesmo diante dos resultados, portanto, cientes de quem prestava o serviço, efetivou-se a sua prorrogação ilegalmente.

[...]

Ora, pela leitura do referido ponto, conclui-se que a instância ordinária não verificou a existência de dolo específico na conduta do agente, uma vez

Superior Tribunal de Justiça

que apenas considerou o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 como de mera conduta, não se exigindo dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o acusado dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa.

Assim, não tendo sido demonstrado o dolo específico na conduta do acusado, como exigido pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, deve ser concedido o efeito suspensivo ao recurso especial.

Igualmente, está configurado o *periculum in mora*, diante do fato do acusado pretender disputar as eleições de 2016 para Prefeito Municipal.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para o fim de suspender os efeitos do recurso especial, inadmitido na instância *a quo*, objeto do presente agravo.

Retornem os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de agosto de 2016.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator