



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 124871 - PR (2020/0058215-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE :

ADVOGADOS : DANIEL LAUFER - PR032484

**MARIA FRANCISCA DOS SANTOS ACCIOLY FUMAGALLI -
PR044119**

BIBIANA CAROLINE FONTELLA - PR064544

GUILHERME LUIZ MEOTTI - PR088995

SOC. de ADV : ACCIOLY, LAUFER, SOCIEDADE DE ADVOGADOS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por ... contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do HC n. 0054975-87.2019.8.16.0000.

A recorrente foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 89, parágrafo único da Lei n. 8.666/1993 por sete vezes, na forma do art. 69 do Código Penal. de acordo com a denúncia, ela teria assinado falsas propostas, com a finalidade de propiciar a dispensa e a inexigibilidade de procedimentos licitatórios. A recorrente era empregada dos correús que, aproveitando da condição de vulnerabilidade, coagiram-na a assinar documentos e a prestar falsa declaração a respeito dos fatos.

Após o recebimento da denúncia, a defesa impetrou *habeas corpus* buscando, em suma o trancamento da ação penal movida em desfavor da ora recorrente, aduzindo não haver o especial fim de agir exigido para tipificar o delito imputado. Além disso, a conduta seria acobertada pela excludente de culpabilidade, considerando que a recorrente não era capaz de compreender a natureza das suas ações.

A ordem foi denegada, por maioria, em acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 313/314):

HABEAS CORPUS. CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. PLEITO DE TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA E DA PRESENÇA DE CAUSA

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INACOLHIMENTO. ELEMENTOS QUE ENSEJAM, POR ORA, O PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO-CRIME. ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA.

Neste recurso, a defesa insiste na ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal. argumenta que a recorrente era prestadora de serviços domésticos como cuidadora dos filhos dos corréus, residindo na casa de seus empregadores. Destaca que a ação de improbidade administrativa não foi ajuizada em face da ora recorrente, de modo que, ainda que indiretamente, o titular da ação penal reconheceu que a utilização do nome da recorrente como laranja em sociedade empresária não caracteriza a materialidade da imputação fática, deixando patente a falta de justa causa para o prosseguimento do feito.

A defesa assevera, ainda, que não está presente o elemento subjetivo do tipo. Destaca que, além do mero ato de dispensar ou inexigir ou concorrer para tais ações, é necessário comprovar o especial fim de agir no sentido de produzir prejuízo aos cofres públicos por meio da dispensa indevida de licitação.

Diante disso, requer o trancamento da Ação Penal n. 000881727.2018.8.16.0026.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso, por meio de parecer assim ementado (e-STJ, fl. 652):

Direito Penal e Processual Penal. Dispensa indevida de licitação. Pretensão de trancamento da ação penal por suposta falta de justa causa. Alegado constrangimento ilegal. Inocorrência. Impossibilidade de reconhecimento de causas excludentes de culpabilidade e de suposta ausência de dolo específico de causar dano ao erário ou de obter vantagem ilícita em fase incipiente da ação penal, quando sequer iniciada a instrução criminal, e muito menos em sede de habeas corpus, via na qual não se admite dilação probatória. Parecer pelo não provimento do recurso.

É o relatório. **Decido.**

Busca-se, por meio deste recurso, o trancamento da ação penal ajuizada em desfavor da recorrente, que tramita perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, destinada a apurar a suposta prática de crime previsto no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

De acordo com os autos, a recorrente foi contratada pelos corréus para

ser cuidadora dos filhos deles, posteriormente sendo registrada como recepcionista na empresa dos empregadores. Segundo a denúncia, os corréus teriam se aproveitado da condição de vulnerabilidade da recorrente para coloca-la como sócia da empresa, fazendo-a assinar documentos cujo conteúdo ela desconhecia, além de prestar falsa versão dos fatos, para facilitar a prática do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Como é cediço, o trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que *o trancamento de inquérito policial ou 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* (RHC n. 43.659/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 15/12/2014).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatíveis, como referido alhures, com o rito sumário do *mandamus*.

O crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de acordo com entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça, exige, para sua caracterização a presença de especial finalidade de agir na conduta do agente, consistente na intenção deliberada de causar lesão ao erário. Exige-se, ainda, que a lesão se efetive, ou seja, que exista prejuízo ao ente público. Tais condições constituem elementares do tipo penal, devendo estar presentes para fins de tipicidade da conduta.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ART. 89, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/1993. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL DOS ACUSADOS PROVIDO E

RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

1. Esta Corte, após inicial divergência, pacificou o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.
2. Na hipótese, após absolvição em primeiro grau, os recorrentes foram condenados pelo TRF 3ª Região como incurso nas sanções do art. 89, caput, e parágrafo único, da Lei 8.666/1993. O próprio acórdão recorrido afirmou, em total confronto com a jurisprudência deste Tribunal e do Excelso Pretório, que o delito em tela é de mera conduta, sendo desnecessária a demonstração de elemento subjetivo do tipo (dolo genérico ou específico).
3. Não havendo menção, na denúncia de intenção deliberada de causar prejuízo à Administração ou de obter favorecimento pessoal, a celebração do Termo de Permissão de Uso, a título precário, sem a devida licitação configura irregularidade formal, fato que é insuficiente para demonstrar, per si, o elemento subjetivo indispensável à configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/2003, que exige a prova do dolo específico de causar dano ao erário e a administração pública.
4. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença absolutória, prejudicado o recurso do Ministério Público que versava sobre a dosimetria da pena e pretendia a condenação de réu cuja absolvição foi mantida pelo Tribunal a quo. (REsp 1485384/SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, DJe 2/10/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para 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. Recurso Especial provido para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver os recorrentes, com fundamento no art. 386, III, do CPP. (REsp 1367663/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 11/9/2017)

O magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido de absolvição sumária, aduzindo não ser necessária a demonstração do dolo específico uma vez que o dispositivo legal não traz tal previsão. Esse entendimento foi corroborado pelo Tribunal *a quo*, que denegou a ordem de *habeas corpus*, fazendo as seguintes ponderações (e-STJ, fls. 317/319):

É desnecessário elemento subjetivo especial (dolo específico), conclusão que se extrai da simples comparação com o crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93. A ausência de qualquer expressão como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, é eloquente. Os motivos que levaram o agente a dispensar ou inexigir a licitação, fora das hipóteses previstas em

lei, é de análise desnecessária. O dolo está na mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente, consciência dessa circunstância.

De outro lado, inobstante o entendimento deste magistrado, ao compulsar detidamente a exordial acusatória, verifica-se que os fatos lá descritos apontam elementos aptos a inferir, a partir da instrução probatória, o dolo específico dos agentes em causar prejuízo ao erário ou de obter para si vantagem indevida.

Isso porque, ao planejarem ofuscar licitação prévia mediante impugnações relativas a valores que, posteriormente ofereceram em sede de dispensa de licitação, demonstraram, em tese, interesse em lesar o erário.

Não bastasse isso, há indícios deque as empresas que participaram, tanto da Concorrência Pública nº 03/2014 quanto dos contratos realizados a partir da dispensa de licitação, faziam parte do mesmo grupo econômico. Ademais, o conluio demonstrado entre os gestores do Município de Campo Largo e as pessoas vinculadas às empresas citadas na denúncia, são suficientes para expor a finalidade de dispensar a concorrência dos serviços médicos com fins ilícitos.

Assim, afasto a preliminar arguida, por entender que o Ministério Público apontou, suficiente, o especial fim de agir dos denunciados.

3. No que diz respeito à absolvição sumária da ré ... em razão da ausência de dolo e, consequentemente, atipicidade da conduta, denota-se que a Defesa não logrou êxito em demonstrar, inequivocamente, a coação exercida sobre a mesma.

Frise-se que, para o reconhecimento da absolvição sumária, as hipóteses descritas no art. 397, do CPP devem estar evidentes, o que não se pode exprimir neste instante processual, vez que não é possível inferir qual o grau de desconhecimento da acusada ..., bem como se esta podia agir para evitar o resultado.

Desta forma, entendo prudente aguardar o deslinde da instrução processual para que se possa inferir em que medida a ré ... foi coagida ou desconhecia as práticas pelas quais fora acusada”.

De fato, é relevante assentar que os tipos penais previstos na Lei n. 8.666/1993 não tem por objetivo criminalizar a mera inobservância de formalidades legais para a contratação com o Poder Público, mas sim o descumprimento com a intenção de violar os princípios cardeais da administração pública. Com efeito, *irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa consistente tipicidade material ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório* (Inq n. 3962/DF, Rel. Min ROSA WEBER, julgamento em 20/2/2018).

Neste caso, não foi possível extrair do conjunto probatório trazido nos autos as circunstâncias elementares exigidas pela jurisprudência das Cortes Superiores para caracterizar o crime em questão nem aponta a ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, de modo a ensejar o encerramento do processo criminal por ausência de justa causa.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. 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. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

2. 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.

3. O Ministério Público estadual, ao elaborar a denúncia, e o Tribunal a quo, recebendo-a, contrariaram entendimento jurisprudencial consolidado, porquanto a imputação apenas concluiu pela existência do dolo geral, ou seja, a vontade consciente de executar a conduta típica de dispensa ilegal do procedimento licitatório, consistente na inobservância das formalidades legais de dispensa de licitação para celebração de contrato de locação de imóvel de propriedade do casal EIDER PENA PESTANA e EDNA AUZIER, hoje deputada estadual. Entrementes, não se demonstrou a existência de dolo específico em causar prejuízo ao erário dos coautores e partícipes, dentre eles da paciente, então Subprocuradora da Assembléia Legislativa do Estado do Amapá, cuja conduta imputada foi a concessão de parecer favorável à contratação direta. Outrossim, ausente qualquer mensuração de eventual dano patrimonial à Administração Pública, em razão da ausência de competitividade da locação, o que poderia ser facilmente demonstrado se acostado o parâmetro do preço médio dos alugueres de imóveis congêneres, no período da contratação. Por conseguinte, diante da ausência dos elementos típicos exigidos jurisprudencialmente, de rigor é o trancamento do processo penal por patente atipicidade formal da conduta narrada, ressaltando-se a possibilidade de nova denúncia, caso sejam minimamente demonstrados os novos fatos, pertinentes às elementares faltantes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento do processo penal de autos n. 000054765.2012.8.03.0000, apenas no que se refere à persecução do crime do art. 89 da Lei 8.666/93. (HC 369.019/AP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 19/12/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 96, I, DA LEI N. 8.666/93. PLEITO CONDENATÓRIO. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO QUE NÃO COMBATEU O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. OFENSA AO ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *O recorrente não se insurgiu no agravo interno quanto à incidência da Súmula nº 7/STJ, aplicado ao pleito condenatório pelo crime previsto no artigo 96, inciso I, da Lei n. 8.666/93, fato este que implica, quanto ao ponto, na aplicação do enunciado 182 da Súmula deste STJ.*
2. *A Corte Especial deste Sodalício, no julgamento da Ação Penal originária nº 480/MG, acolheu, por maioria, a tese de que é exigível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo para que tipificado o crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 .*
3. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1104552/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 31/8/2017).*

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. *O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para 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. *Recurso Especial provido para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver os recorrentes, com fundamento no art. 386, III, do CPP. (REsp 1367663/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 11/9/2017).*

Assim, não tendo sido demonstrados o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta do recorrente, como exigido pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, o trancamento da ação penal movida em desfavor da recorrente é medida que se impõe.

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do art. 34, inciso XVIII, alínea “c”, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, para determinar o trancamento da Ação Penal n. 000881727.2018.8.16.0026, movida em desfavor da ora recorrente.

Intimem-se.

Brasília, 06 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator