

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.958 - DF (2015/0108638-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : MARIA AMELIA TELES
ADVOGADOS : CLEBER LOPES DE OLIVEIRA - DF015068
MARCEL ANDRÉ VERSIANI CARDOSO - DF017067
FERNANDO GOMES DE OLIVEIRA - DF041922
RECORRENTE : WELLINGTON DE QUEIRÓZ
ADVOGADOS : WELLINGTON DE QUEIROZ (EM CAUSA PRÓPRIA) -
DF010860
CLÁUDIO PEREIRA DE JESUS - DF014905
RECORRENTE : MANOEL TAVARES DOS SANTOS
ADVOGADOS : WELLINGTON DE QUEIROZ - DF010860
CLÁUDIO PEREIRA DE JESUS - DF014905
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial de Wellington de Queiroz e Manoel Tavares dos Santos, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal.

Consta dos autos que os recorrentes, denunciados como incursos, respectivamente, no art. 89 da Lei 8.666/93 c/c o art. 29 do Código Penal, (dispensa ilegal de licitação) e 92 da Lei 8.666/93 c/c o art. 29 do Código Penal, (dar causa a qualquer vantagem em favor do adjudicatário durante a execução do contrato), foram absolvidos em primeiro grau de jurisdição.

O *Parquet* interpôs recurso de apelação buscando a condenação do réu, ora recorrente, ao argumento de que a materialidade e autoria do delito imputado ao mesmo estaria devidamente comprovada. (fls. 2.196/2.229)

O recurso foi provido, com a condenação de Wellington às penas de 3 meses de detenção e pagamento de 10 dias-multa e de Manoel a 2 dois anos de detenção e pagamento de 10 dias-multa, com a substituição das penas privativas de liberdade de ambos os réus por duas restritivas de direito a ser definida pelo Juiz da Execução Penal. Eis os termos da ementa:

PENAL E PROCESSUAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO SEGUIDA DE ADITIVO CONTRATUAL IRREGULAR ELEVANDO O PREÇO DOS SERVIÇOS. RÉUS ABSOLVIDOS DA IMPUTAÇÃO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PELA FUNDAÇÃO DE APOIO À PESQUISA NO

Superior Tribunal de Justiça

DISTRITO FEDERAL - FAP-DF - DA FUNDAÇÃO GONÇALVES LEDO, CLASSIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, PARA PRESTAR SERVIÇOS COMUNS NA ÁREA DE INFORMÁTICA. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. IMPROCEDÊNCIA. PARECER DO PROCURADOR-CHEFE DA AUTARQUIA RECOMENDANDO A DISPENSA DA LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL DO ADVOGADO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE IMUNIDADE PROFISSIONAL. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO. DOLO GENÉRICO. DESNECESSIDADE DA PROVA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. SENTENÇA REFORMADA.

1. *Apelação do Ministério Público contra sentença que absolveu os réus acusados de infringirem os artigos 89 e 92, combinado com o artigo 84, § 2º, da Lei 8.666/93, por terem autorizado ou contribuído para a dispensa ilegal de licitação, ao celebrarem contrato de gestão com a Fundação Gonçalves Ledo para a prestação de serviços, e depois firmarem termo aditivo prevendo o aumento de gastos, mesmo sem alterar os serviços contratados originariamente.*

2. *A apresentação das razões fora do prazo não obstaculizam o conhecimento da apelação quando o respectivo termo foi apresentado dentro do quinquídio previsto na lei processual, configurando mera irregularidade.*

3. *Ao emitir parecer favorável à contratação direta, invertendo posicionamento anterior, o Procurador Chefe de Fundação de Direito Público não atua como simples advogado que dá a sua opinião sobre uma questão jurídica, mas também como consultor e assessor jurídico, não usufruindo da imunidade prevista no artigo 133 da Carta Magna. Assim, responde criminalmente por ter afirmado a legalidade da dispensa de licitação, sendo odioso e injusto condenar apenas o Administrador que agiu sob sua orientação.*

4. *Não se exige dolo específico nem a prova de efetivo prejuízo aos cofres públicos para configurar-se o crime de dispensa irregular de licitação, que tem tratamento análogo aos crimes de perigo abstrato. A norma tutela a moralidade administrativa, afastando alegação de que o Estado não tem interesse em punir quando a conduta incriminada não resulta prejuízo ao Erário. Condicionar a pena á prova da obtenção de vantagem ilícita implicaria a impunidade de delito extremamente grave e nocivo aos interesses sociais, frustrando os saudáveis objetivos da lei.*

5. *A ilícita contratação de entidade privada para realizar serviços comuns encontradiços no mercado e sem que detenha apuro tecnológico que a distinga de sociedades comerciais ordinárias que fazem o mesmo trabalho, desnatura na sua origem as finalidades do contrato de gestão. Ao gestor público que assim procede não é lícito alegar a ignorância da lei para descumprir os requisitos legais que autorizariam a dispensa, máxime quando, apenas seis meses depois, celebra termo aditivo que eleva os custos, quando o valor originário era suficiente para remunerar a execução do plano de trabalho*

Superior Tribunal de Justiça

estabelecido. Tais ações configuração o dolo, que é genérico.

6. Apelação provida por maioria. (fls. 2.362/2.364)

A defesa opôs embargos de declaração que recebeu o seguinte sumário:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONDENAÇÃO POR DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÕES, OMISSÕES E OBSCURIDADES. PRETENSÃO DE REDISCUTIR A MATÉRIA E OBTER A REVERSÃO DO JULGADO. IMPROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A defesa opõe embargos de declaração alegando omissões, contradições e obscuridades no acórdão, requerendo efeito infringente para afastar as condenações por estarem baseadas em fundamentação inidônea. Sustentam ser necessário no tipo de dispensa irregular de licitação o dolo específico e o prejuízo efetivo ao erário.

2. Não há vício a sanar quando a decisão colegiada esteja fundamentada, afirmando a inexigência de dolo específico ou prova do dano porque o crime de dispensa irregular de licitação tem a mesma natureza dos crimes de perigo abstrato, bastando para configurar-se a criação livre e consciente por parte do agente de um estado de fato potencialmente lesivo ao erário, com tutela da moralidade administrativa.

3. Eventual inconformidade em relação à tese abraçada pelo Tribunal desafia recurso específico às instâncias revisoras de hierarquia superior, mas não a rediscussão da matéria nos embargos de declaração para obter a inversão do julgado.

4. Embargos rejeitados. (fls. 2.453)

Na sequência, protocolaram embargos infringentes, o qual ficou assim resumido:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS. FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA DA FUNDAÇÃO GONÇALVES LEDO. TERMO CONTRATUAL ADITIVO. CONHECIMENTO DO RECURSO SOMENTE QUANTO À DIVERGÊNCIA. PARECER DO PROCURADOR JURÍDICO DO ÓRGÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA ESCOLHA DO PROCEDIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. EXCEPCIONALIDADE NÃO JUSTIFICADA. DOLO GENÉRICO. CRIME DE MERA CONDUTA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE FRAUDAR. NEGADO PROVIMENTO.

1. Não devem ser conhecidos os recursos dos

Superior Tribunal de Justiça

Embargantes de Wellington de Queiroz e Manoel Tavares dos Santos quanto à dosimetria da pena, eis que não há qualquer divergência acerca do tema.

2. Procurador Jurídico de determinado órgão, ao emitir o seu parecer, participa e possui responsabilidade sobre o procedimento administrativo licitatório, porque exerce função como qualquer outro integrante da comissão de licitações. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. Para que a Administração Pública dispense licitação na celebração de contratos de gestão, necessário que haja excepcionalidade na prestação do serviço, ou seja, que haja uma especialização de tal monta, que não se encontre no mercado outras empresas capazes de atender às exigências do Estado.

4. No caso concreto, o Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal indicou a irregularidade da contratação direta da FGL - Fundação Gonçalves Ledo pela FAP/DF - Fundação de Amparo à Pesquisa, pois se tratava da prestação de serviços comuns, que poderiam ser atendidos por várias empresas no mercado.

5. Deve ser mantida a condenação quanto ao artigo 92 da Lei de Licitações quando as partes (FAP/DF e FGIL) assinaram, livre e conscientemente, termo aditivo ao contrato de gestão 01/2009 - FAP/DF -, sem necessidade, pois os recursos previstos para a ampliação do programa já constavam do instrumento contratual originário.

6. Negado provimento aos Embargos Infringentes. (fls. 2.605/2.606)

Insatisfeitos os réus protocolaram recurso especial, apontando, além de dissídio pretoriano, ofensa aos arts. 24, XXIV, 89 e 92 da Lei n. 8.666/93 e 1º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 9.637/98.

Afirmam que esses delitos exigem conhecimento acerca da ilegalidade da dispensa ou inexigibilidade da licitação, ou seja, inexistente tipicidade por ausência do elemento subjetivo.

Alegam que não ficou comprovado o dano ao erário e a vantagem econômica dos réus.

Mencionam que a conduta do Promotor de Justiça, integrante da Promotoria de Fundações, ao entender ser "plenamente possível" a contratação com dispensa de licitação na hipótese, avalizou a conduta adotada, o que afasta o dolo.

Aduzem, por fim, que inexistente proibição da dispensa de licitação para a contratação de serviços de natureza comum.

Contrarrazões às fls. 3.038/3.048

Superior Tribunal de Justiça

Inadmitido o recurso na origem, foi interposto agravo, o qual dei provimento e determinei a sua conversão em recurso especial.

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

Com efeito, o acórdão recorrido deve ser reformado, pois a jurisprudência firmada nesta Corte entende que os crimes capitulados nos artigos 89 e 92 da Lei n. 8.666/93 exigem para suas tipificações a demonstração de dolo específico. A propósito, confirmam-se:

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 balizada 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 329.227/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 13/10/2016)

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DEPUTADO ESTADUAL. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE DILIGÊNCIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/93. EXAME PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PROVA EMPRESTADA. [...] NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. O crime do artigo 89 da Lei n. 8.666/93, possui natureza material, exigindo para sua tipificação, a demonstração de dolo específico e prejuízo ao erário público (HC n. 299.029/GO, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, Dje 23/9/2015), sendo, contudo, despiciendo para a comprovação da materialidade delitiva, a realização de exame pericial.

[...]

13. Ordem denegada (HC 351.763/AP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 1/6/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. EMENDATIO LIBELLI NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PROCESSUAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 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. TRANCAMENTO PARCIAL DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

4. Quanto ao segundo fato, 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 (AgRg no AREsp 324.066/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 27/02/2015; AgRg no AgRg no REsp n. 1.374.278/SP, Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 24/3/2014; AgRg no REsp 1259109/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2015; HC 321.224/PR, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 25/06/2015; HC 305.899/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/04/2015).

5. 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 parcial do processo penal, por falta de justa causa da exordial quanto ao segundo fato, porquanto omitiu circunstância essencial do fato imputado, sine qua non à qualificação jurídica do tipo penal

6. Habeas corpus conhecido e, no mérito, concedida a ordem (HC 258.581/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe de 25/2/2016)

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR DE CORTE TRABALHISTA. EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA QUANDO DOS FATOS CRIMINOSOS. DENÚNCIA POR SUPOSTA INFRAÇÃO AOS ARTS. 89, CAPUT E 90 DA LEI DAS LICITAÇÕES E AO ART. 359-D DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE DESCRIÇÃO ESPECÍFICA DAS CONDUtas E NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO COM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO (ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93). AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS ELEMENTOS DA FIGURA TÍPICA REFERENTE AO ART. 90 DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA POR LEI. ACUSATÓRIA QUE NÃO APONTA O IMPEDIMENTO PARA O DISPÊNDIO DE RECURSOS PÚBLICOS. INVIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PEÇA DE ACUSAÇÃO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE.

[...]

3. É entendimento desta Corte Superior, como também do Supremo Tribunal Federal, que em sede do crime previsto no art. 89, caput, da Lei n.º 8.666/93, existe a necessidade de demonstrar a vontade livre e consciente dirigida para não realização do certame licitatório, pois o tipo penal prescreve a intenção de contratar sem o concurso, bem como deve ser revelada a vontade de trazer prejuízo aos cofres públicos em razão da aludida dispensa dita indevida.

4. Na espécie, o Parquet Federal não logrou êxito em demonstrar tais situações, anotando-se que apenas descreve que o denunciado, como presidente do TRT da 17ª Região à época, expediu atos de dispensa de licitação, cujos certames foram acoimados de ilegais.

5. Para ser válida a peça de acusação com relação ao art. 90 da Lei das Licitações, mostra-se imperativo dissertar sobre todos os elementos da figura típica, indicando quem praticou o núcleo do tipo (frustrar ou fraudar), os meios empregados (ajuste, combinação ou qualquer outro expediente) e o especial fim de agir (obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação), e ainda há que se demonstrar o vínculo da conduta do denunciado com seu interesse volitivo, bem como de que maneira, em

Superior Tribunal de Justiça

que lugar, quando e com quem teria ajustado, combinado ou se associado para a consecução de seu objetivo.

6. Descrevendo a peça de acusação que o denunciado tão somente homologou os processos licitatórios, assinando ainda um dos respectivos contratos, tem-se como não atendida a exigência supracitada, sequer podendo-se inferir se, ao menos, que tinha conhecimento das fraudes nos atos administrativos noticiados.

[...]

9. Denúncia rejeitada, por inépcia, visto não preencher os requisitos do art. 41 do CPP. (APn 594/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, DJe de 18/11/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO 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. AGRAVO IMPROVIDO.

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. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.259.109/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 19/10/2015)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. V, alínea "a", do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial para restabelecer os termos da r. sentença.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de dezembro de 2016.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator