

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.485.384 - SP (2014/0251046-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : [REDACTED]
ADVOGADOS : **MÁRCIO THOMAZ BASTOS E OUTRO(S)** - SP011273
 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO - SP091537
ADVOGADA : **SONIA COCHRANE RÃO** - SP080843
ADVOGADOS : **SANDRA GONÇALVES PIRES** - SP174382
 DANIEL RAICHELIS DEGENSZAJN - SP248678
RECORRENTE : [REDACTED]
ADVOGADOS : **IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS** - SP173163
 PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S) - SP163657
 ROSSANA BRUM LEQUES
RECORRENTE : [REDACTED]
RECORRENTE : [REDACTED]
RECORRENTE : [REDACTED]
ADVOGADO : **VICENTE FERNANDES CASCIONE E OUTRO(S)** -
 SP018377
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **OS MESMOS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de [REDACTED]

[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED] e [REDACTED].

A denúncia imputou aos quatro primeiros, na qualidade de membros da diretoria executiva da CODESP (Companhia Docas do Estado de São Paulo) e aos três últimos, representantes legais da empresa Santos Brasil S/A, a prática do crime previsto no art. 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei 8.666/93, porque, de forma livre e consciente e com unidade de propósitos, promoveram a celebração de Termo de Permissão de Uso (TPU), concedendo a pessoa jurídica a utilização e exploração privadas de área pública na Margem Esquerda do Porto Organizado e Santos, com superfície aproximada de 180.000m², denominada TECON 2, para a movimentação e

Superior Tribunal de Justiça

armazenamento de veículos, dispensando a prévia licitação, fora das hipóteses previstas em lei, assim como deixaram de observar as formalidades legais relativas à contratação direta.

Após decisão absolutória em primeiro grau (e-STJ fls. 1.839/1.863), por ausência de prova de dolo dos acusados e prejuízo ao erário, sobreveio apelação do órgão acusatório, provida parcialmente pela 2ª Turma do TRF da 3ª Região, para fins de condenação dos acusados, à exceção de [REDACTED]. O acórdão restou assim ementado, por seu *caput* (e-STJ fls. 2.195/2.200):

DIREITO PENAL - CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO - ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO - CRIME DE MERA CONDUTA - RESULTADO NATURALÍSTICO IRRELEVANTE PARA O TIPO, MAS OCORRENTE NO CASO DOS AUTOS - TERMO DE PERMISSÃO DE USO INDEVIDAMENTE ELABORADO - VERDADEIRA CONCESSÃO DE SERVIÇO SEM LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA DE PARTICULAR PARA O CRIME - ABSOLVIÇÃO DE OUTRO PARTICULAR QUE SOMENTE FIGURAVA COMO DIRETOR-PRESIDENTE DA EMPRESA BENEFICIADA - AUSÊNCIA DE QUAISQUER PROVAS DE SUA EFETIVA PARTICIPAÇÃO NOS FATOS.

Foram opostos embargos declaratórios pelos acusados [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], e, também, pelo Ministério Público Federal, acolhidos para sanar erro material e, no mais, rejeitados.

Em seu recurso especial, fundado nas alíneas *a* e *c*, do art. 105, III, da Constituição Federal, [REDACTED] alega violação frontal aos arts. 84, § 1º, e 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei 8.666/1993, bem como aos arts. 18, I e II, e parágrafo único, 29, 30 e 59 do Código Penal, e ainda, aos arts. 381, III, 564, IV, e 580 do Código de Processo Penal.

Aduz que os tipos penais contidos no artigo 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 exigem para sua conformação tanto a presença de dolo específico, consubstanciado na intenção específica de causar dano ao erário, como a efetiva existência de resultado naturalístico. O acórdão recorrido, ao deixar de

especificar a presença de dolo específico na conduta praticada pelo recorrente, bem como o prejuízo ao erário, contrariou, não só o referido dispositivo legal, como o art. 18, I e II, e parágrafo único, do Código Penal, divergindo da orientação jurisprudencial desta Corte.

Sustenta a inexistência de prejuízo ao erário pela celebração do Termo de Permissão de Uso com a empresa Santos Brasil, pois não houve perda patrimonial da União ou da Codesp, especialmente porque a área cedida estava deteriorada e a celebração do referido contrato impediu a sua destruição, além de evitar que a receita decorrente do serviço fosse desviada para outro Estado da Federação.

Outro aspecto que salienta é que o acórdão impugnado, ao condenar o recorrente por dispensa irregular de licitação, contrariou frontalmente os arts. 84, § 1º, 89, *caput*, da Lei 8.666/1993, bem como os arts. 29 e 30 do Código Penal, porquanto a descrição acusatória restringia-se ao parágrafo único do tipo penal em comento, não se enquadrando o peticionário na definição de funcionário público autorizada pela legislação.

Houve também contrariedade, na mesma ocasião, aos artigos 381, inciso III, e 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, por não ter a decisão declinado os fundamentos do entendimento que adotou, ignorando importantes questões de direito que inviabilizavam a conclusão exarada.

Por fim, o acórdão teria dispensado tratamento diferenciado a corréus em situações idênticas, tendo em vista a absolvição de outro acusado por ser apenas Diretor-Presidente da Santos Brasil S/A, circunstância que também deveria conduzir à absolvição do recorrente, já que simples representante da pessoa jurídica. Assim como o corréu, não há descrição de qualquer conduta que vincule o recorrente ao tipo penal do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 e tampouco é possível concluir que tivesse conhecimento de qualquer eventual irregularidade na permissão concedida pela COPESP.

Postula a diminuição da pena-base, ante a incongruência e ausência de

análise de elementos importantes que conduziriam à fixação da sanção em patamares inferiores.

Fabrízio Perdomenico, amparado em ambas as alíneas do permissivo constitucional, sustenta violação aos arts. 25, 26 e 89 da Lei 8.666/1993, 4º, *caput*, e 4º, XI, da Lei 8.630/1993, 38 da Lei 8.987/1995, 19 e 20 do Decreto-Lei 200/67, 1º, 13, § 2º, 18, I, 21, 29, *caput*, § § 1º e 2º, 49, 52, 59, 60, 62, I, 64, II e III, *a*, e 68 do Código Penal, 93 do Código de Processo Penal

Afirma, inicialmente, que o Termo de Permissão de Uso questionado é ato unilateral e precário e foi emitido pela CODESP dada a urgência para o funcionamento imediato de área do Terminal do Porto de Santos sem uso e em processo de deterioração, por tempo determinado, isto é, até o encerramento do processo licitatório para a sua utilização, sendo que, na situação, era o instrumento adequado para atender o interesse público.

Sustenta que a efetivação do termo de permissão de uso prescinde de licitação, daí a inadmissibilidade da condenação com fulcro no art. 89 da Lei 8.666/1993. Ainda que se tratasse, como entendeu o acórdão recorrido, de *contrato de arrendamento*, a hipótese seria de inexigibilidade de licitação, a afastar a incidência da norma penal, uma vez que a celebração do TPU observou as formalidades pertinentes.

Argumenta ser impossível a coautoria em crime de mão própria, não tendo havido indicação. Ademais, a ausência de indicação precisa sobre os contornos da participação do recorrente afronta o disposto nos arts. 131, 165 e 458 do Código de Processo Civil, que exigem motivação adequada e fundamentação clara para a condenação criminal.

Aponta a ilegalidade da fixação da pena-base acima do mínimo legal, requerendo a exclusão da agravante do art. 62, I, do Código Penal, bem como a diminuição da sanção por força de sua participação de menor importância ou das atenuantes previstas nos arts. 1º, 65, II e III, *a*, do Código Penal.

Alternativamente, requer o reconhecimento da nulidade do acórdão

Superior Tribunal de Justiça

que julgou os embargos declaratórios, por ofensa aos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, por ausência de apreciação das teses defensivas referentes à inexigibilidade de licitação, ausência de consciência do ilícito, necessidade de reconhecimento de atenuantes.

██████████, ██████████ e ██████████, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal apontam contrariedade aos arts. 2º, *caput*, e § parágrafo único, 6º, II, 54, *caput*, e § 1º, 89, *caput*, e parágrafo único, todos da Lei 8.666/1993 e art. 18, I, e parágrafo único, do Código Penal, além de divergência jurisprudencial.

Pugnam pela necessidade de reconhecimento do dolo específico para a condenação pelo ilícito penal do art. 89 da Lei de Licitações, trazendo jurisprudência em abono de sua tese.

Segundo alegam, o acórdão recorrido ignorou que o Termo de Permissão de Uso *não é, e, no caso em tela, não foi um contrato, seja por seu conceito jurídico, ou seja, no caso concreto do termo (TPU) elaborado pela Diretoria da qual faziam parte os recorrentes, que foi avalizado, endossado e ratificado pelo Conselho de Administração Portuária, pelo Conselho de Autoridade Portuária, pela Superintendência Jurídica da CODESP, pela Agência Nacional de Transportes (ANTAQ) e também pela AGU.*

Afirmam que *"quem age de boa fé e não atuou comprovadamente para obter ou dar vantagem a outrem, não agiu com dolo, nem genérico, nem específico, a menos que seja punido por responsabilidade objetiva"* (e-STJ fl. 3.018).

Apontam divergência jurisprudencial no tocante à necessidade de demonstração do prejuízo ao erário ou do dolo específico no caso do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993.

Recorre, ainda, o Ministério Público Federal, amparado no art. 105, III, alínea *a*, da CF. Alega que o acórdão recorrido contrariou o art. 29 do CP, ao manter a absolvição de ██████████, por ser o caso de aplicação da

Superior Tribunal de Justiça

teoria do domínio do fato; o art. 59 do CP, eis que desconsideradas outras circunstâncias judiciais para a elevação da pena-base, sobretudo a culpabilidade dos agentes, as circunstâncias e os motivos do delito; e o art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, pois fixado o regime inicial aberto para o cumprimento de pena ao réu [REDACTED], condenado a 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de detenção.

Foram apresentadas contrarrazões por todos os recorrentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento dos recursos dos réus e, caso conhecido, pelo seu desprovimento, e pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, provimento, do recurso do Ministério Público, apenas para adequação do regime de pena de Fabrizzio Pierdomenico (e-STJ fls. 3.432/3.473).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.485.384 - SP (2014/0251046-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

As alegações recursais dos acusados, no que tem em comum, serão apreciadas em conjunto.

Inicialmente, afasto as assertivas de nulidade do acórdão por ausência de manifestação sobre as teses defensivas e ofensa aos arts. 381, inciso III, e 564, inciso IV, e 619 e 620 do Código de Processo Penal. Com efeito, o acórdão recorrido possui longa fundamentação e expressamente analisou todas as questões ou teses suscitadas pela acusação e defesas, externando o entendimento que lhe pareceu mais adequado, considerando os fatos apresentados. Como cediço, o descontentamento da parte com a solução encontrada, por si só, não autoriza juízo de nulidade, tendo em vista que ao juiz é dado manifestar-se segundo seu livre convencimento motivado. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. SUPOSTA OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 381, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, PELA NÃO APRECIÇÃO DE TODAS AS PROVAS TRAZIDAS PELA DEFESA. MERA TESE DE INOCÊNCIA. (...). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A suposta afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal não subsiste, porquanto o acórdão hostilizado solucionou a questão juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento. Com efeito, a pretensão de utilizar-se do instrumento aclaratório para rediscutir matéria devidamente analisada e decidida, apoiado no inconformismo com a condenação e claro intento de reverter o resultado que lhe foi desfavorável, é medida inaceitável na via dos embargos de declaração.

2. Diante da motivação apresentada pelo acórdão, não subsiste a arguida contrariedade ao art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal, pois que a sentença e o acórdão que a manteve indicaram os motivos de fato e de direito em que se fundou a decisão condenatória.

(...).

13. *Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.* (REsp. 1.357.289/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014).

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**. Nesse sentido, confira-se:

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. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 19/10/2015)

DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO. A Corte Especial, por maioria, entendeu que o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige dolo específico e efetivo dano ao erário. No caso concreto a prefeitura fracionou a contratação de serviços referentes à festa de carnaval na cidade, de forma que em cada um dos contratos realizados fosse dispensável a licitação. O Ministério Público não demonstrou a intenção da prefeita de violar as regras de licitação, tampouco foi constatado prejuízo à Fazenda Pública, motivos pelos quais a denúncia foi julgada improcedente. (APn 480-MG, Relatora originária Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Relator para acórdão MIN. CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 29/3/2012).

Essa, também, a orientação do STF:

EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. (...). 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da

licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei 8.038/90, art. 6º, caput). (Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)

No caso concreto, para melhor compreensão da controvérsia, cito trechos da peça inaugural (e-STJ fls. 291/300):

1. Consta dos Autos de Inquérito Policial em epígrafe e das peças de informação acostadas que, nos meses de julho e agosto de 2.003, neste município, [REDACTED], Diretor-Presidente, [REDACTED], Diretor de Administração e Finanças, [REDACTED], Diretor Comercial e de Desenvolvimento e [REDACTED], Diretor de Infra-estrutura e Serviços, enquanto membros da Diretoria-Executiva da CODESP, de forma livre e consciente, agindo em conluio e com unidade de propósitos, promoveram a celebração do Termo de Permissão de Uso (TPU) nº 03/2.003 (fls. 157/164-IPU. em favor da empresa SANTOS BRASIL S/A. representada legalmente por [REDACTED], por meio do qual concederam à pessoa jurídica a utilização e exploração privadas de área pública na Margem Esquerda do Porto Organizado de Santos, com superfície aproximada de 180.000 m² (cento e oitenta mil metros quadrados), denominada "TECON 2", para a movimentação e armazenamento de veículos nas correntes de exportação, importação e cabotagem e, também, no cais acostável adjacente, para a movimentação de contêneires provenientes e destinados ao Terminal para Contêineres (TECON 1), dispensando a realização de prévia licitação fora das hipóteses previstas em lei, bem como deixaram de observar as formalidades legais pertinentes à contratação direta.

2. Após receber comunicado da SANTOS BRASIL S.A. registrando o interesse da empresa em financiar a implementação de um Terminal de Embarque de Veículos (TEV) na área do TECON 2, com a obtenção do direito de uso e exploração privativa do referido bem público portuário, [REDACTED], então Diretor Comercial e de Desenvolvimento da CODESP, **firmou documento indagando se persistia o interesse da SANTOS BRASIL S.A. na obtenção da área visando a instalação de um Terminal para exportação de veículos na Margem Esquerda do Porto de Santos (Carta DC-501.2.003. de 12.06.2.003, fl. 191/192 - IPL).**

Superior Tribunal de Justiça

3. Em resposta, [REDACTED], na qualidade de Diretor Econômico Financeiro da [REDACTED] afirmou positivamente, manifestando a resolução que fez avançar a constituição do indevido ato de permissão de uso e exploração de área portuária sem licitação - na consecução dele, assim, tendo concorrido, segundo a qual "Em atenção à sua carta DC-501.2003, de 12.06.2.003, confirmamos que a Santos Brasil SA segue disposta a contribuir com a CODESP para propiciar antecipação dos meios para a exportação de veículos pelo TECON 2, em consonância com o objetivo explorados do chamado "Projeto Tupy", enquanto a CODESP providencia a licitação da referida área para arrendamento" (fl. 193 - IPL).

4. Dando trânsito à intenção de ceder a área do TECON 2 a SANTOS BRASIL S.A., colhida a concordância desta, [REDACTED] subscreveu documento (fls. 195/196 - IPL solicitando fosse pautada em reunião da Diretoria-Executiva da Companhia - que possui atribuição para decidir sobre a matéria (art. 17, II e VI do Estatuto Social da CODESP, doc. 1) - "a autorização de Termo de Permissão de uso à SANTOS BRASIL S.A. para uso da área denominada TECON 2. contemplando um prazo de dois anos, renovado automaticamente, pelo prazo necessário à finalização do processo de licitação para arrendamento da referida área".

5. [REDACTED], na qualidade de Diretor-Presidente da CODESP, enviou correspondência ao Presidente do Conselho de Autoridade Portuária (CAP). na qual, após aduzir que a realização de procedimento licitatório para o arrendamento da área demoraria em torno de 02 (dois) anos para ser concluído (previsto para junho de 2.005) e que se afigurava necessária a instalação de um Terminal de Veículos para suprimento da demanda noticiada pela Volkswagen e pela ANFAVEA. propôs a celebração de Termo de Permissão de Uso da área do TECON 2. em caráter unilateral e a título precário, em benefício da empresa SANTOS BRASIL S/A. já sendo ela arrendatária da área do TECON 1 (conforme Contrato PRES/069/97 - doc 2), sem a realização do procedimento licitatório devido e a consequente viabilização de concorrência entre os interessados na implantação do TEV e nos uso e exploração da instalação portuária.

6. Com o desígnio de vencer os óbices normativos internos da CODESP - que estavam em conformidade com a Lei 8.630/93 - impeditivos à celebração do (TPU)) 03/2.003, [REDACTED] revogou a Resolução DP 105.2002, publicada na gestão do então Diretor-Presidente Fernando Lima Barbosa Vianna, que permitia a concessão de imóveis por meio de Permissão de Uso, em caráter unilateral, negocial e precário, apenas quando estes não se prestassem para o arrendamento, expedindo, em substituição, a Resolução DP 115.2003, de 17.03.2.003, ao arrepio

da lei.

7. Embora constatada a existência de interesse de outras empresas operadoras portuárias no uso e exploração da área do TECON 2 (doc 2 e fls. 131/133 IPL), manifestado após comunicado veiculado pela CODESP em 11 de novembro de 2.002 (fl 135 do IPL), os membros da Diretoria-Executiva da CODESP, [REDACTED], [REDACTED], Diretor-Presidente, [REDACTED], Diretor de Administração e Finanças, [REDACTED], Diretor Comercial e de Desenvolvimento e [REDACTED], [REDACTED], Diretor de Infra-Estrutura e Serviços, decidiram autorizar, na 1.111ª Reunião Ordinária da Diretoria-Executiva da Companhia (doc. 4), em 16 de julho de 2.003, a celebração do Termo de Permissão de Uso (TPU) 03/2.003 (fls. 157/164 - IPL), em favor da empresa SANTOS BRASIL S/A, representada legalmente por [REDACTED], deixando de promover a realização do procedimento licitatório devido (concorrência pública para a celebração de contrato de arrendamento da instalação portuária) fora das hipóteses previstas em lei para a contratação direta, previstas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 e contrariante o disposto na Lei 8.630/93.

8. Ainda, referidos Diretores da CODESP assim decidiram sem observar as formalidades legais pertinentes à contratação direta, previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93, tendo [REDACTED] assinado a decisão DIREXE 243.2003, firmando a autorização concedida (cf. fls. 216 - IPL).

(...).

11. Além da estipulação de preços a serem remunerados à Companhia pela permissionária e as condições do adimplemento dos valores, constou do aludido TPU a previsão de que a SANTOS BRASIL S.A. seria ressarcida dos investimentos efetuados, no caso de futura licitação, nos seguintes termos: (a) em caso de extinção da permissão antes de concluído de forma exitosa o procedimento licitatório da área, os investimentos efetuados pela empresa permissionária (SANTOS BRASIL S.A.), reconhecidos e aprovados, serão ressarcidos pela permitente CODESP, com correção pelo IGP-M; e (b) em caso de extinção como resultado da conclusão do procedimento licitatório, o vencedor do certame deveria ressarcir a permissionária pelos investimentos realizados na área, reconhecidos e aprovados pela permitente, com correção pelo IGP-M, ficando a CODESP solidariamente responsável pelo referido ônus até a sua completa quitação pelo vencedor da licitação (Cláusula Sexta, fl. 161/162 - IPL, posteriormente alterada pelo instrumento de retificação e ratificação de fls. 167/168 - IPL). No parágrafo único da antedita Cláusula (mantido), consignou-se que "em qualquer hipótese, o ressarcimento à PERMISSONÁRIA deverá estar totalmente liquidado previamente à efetiva extinção do presente

Termo" (fls. 162 e 167 - IPL).

12. Segundo se constata, ao invés de proceder a inauguração do procedimento licitatório devido voltado à celebração de contrato de arrendamento da referida área do Porto Organizado, como impõe a Lei nº 8.630/93, reguladora da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, a Diretoria-Executiva da CODESP estabeleceu as retro-aludidas tratativas com a SANTOS BRASIL S.A., de molde a permitir à referida empresa, com exclusividade e sem concorrência com os demais interessados em certame público, a utilização e exploração do TECON 2. sob o argumento da necessidade de dotar o Porto de Santos de maior capacidade de escoamento de veículos, precipuamente para a implementação do chamado "Projeto Tupy", desenvolvido pela montadora Volkswagen para exportação do veículo modelo "Fox", bem como de que a SANTOS BRASIL S.A. era a operadora portuária com as melhores condições de posicionamento geográfico e com disponibilidade financeira para implantação do TEV.

(...).

14. Outrossim, na construção do TEV não houve a preocupação em criar um recinto independente para futura licitação, visto que o acesso e as instalações de apoio são as mesmos do "TECON 1", o que inviabiliza o alfandegamento para a empresa que seria vitoriosa na prometida licitação futura, com o que aquiesceram os co-denunciados membros da Diretoria-Executiva da CODESP, efetivando o TPU nº 03/2.003.

15. Referida licitação prometida, mais de quatro anos depois da formalização do ato de permissão de uso e exploração da área sem licitação à empresa SANTOS BRASIL S.A., não foi implementada, sendo certo que procedimentos licitatórios outros havidos para o arrendamento de instalações portuárias de porte similar ou maior no Porto de Santos tiveram duração muito inferior ao biênio suscitado, o que desautoriza, ainda mais, crer-se na premência inicialmente alegada para a permissão de uso à empresa SANTOS BRASIL S.A., bem como faz identificar que os membros da Diretoria-Executiva da CODESP, ora denunciados, poderiam, efetivamente, ter empreendido a indispensável e obrigatória prévia licitação no caso concreto.

16. O que se fez sob o argumento de utilização para construção e exploração permitida em caráter imprescindível e estratégico do terminal, para o fim de viabilizar determinado projeto de exportação de veículos - que sequer chegou a ser implantado (cf. fls. 28/30), consistira em verdadeira concessão de exploração e construção em instalação portuária e da viabilização do uso preponderante de um berço de atracação para a operadora SANTOS BRASIL S.A. efetuar a movimentação de veículos e de contêineres, sem a prévia e inafastável licitação.

(...).

20. Quadra observar que a empresa SANTOS BRASIL S.A. não se posicionava como operador portuário especializado na exportação de veículos, mas, sim, na movimentação de cargas em contêineres, como inúmeros outros operadores potencialmente interessados, o que infirma, ainda mais, o motivo locacional consignado nos considerandos do TPU para a permissão de uso firmada, que não se caracteriza como hipótese de inexigibilidade ou dispensa de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/93.

(...).

22. [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] decidiram utilizar instrumento ilegal para a concessão da exploração e construção na área portuária "TECON 2", ante o que previsto nos arts. 1º, § 2º e 4º, inciso I da Lei nº 8.630/93, consistente na permissão de uso, a qual, mesmo que tivesse o seu emprego autorizado pela antedita lei, reclamaria a sua efetivação mediante licitação, à luz dos arts. 175 da Constituição Federal e 2º, IV e 14, ambos da Lei nº 8.987/95, sempre visando à evitação de malferimento aos princípios da isonomia, da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como ocorreria no caso em tela.

(...).

25. A respeito dos fatos acima narrados, não foi diverso o entendimento manifestado pela Controladoria-Geral da União, por sua Unidade Técnica no Estado de São Paulo, como se verifica dos trechos do Relatório de Auditoria nº 187364 (doc. 5), a seguir transcritos: (...).

Em primeiro grau, foi proferida sentença absolutória, consignando o Magistrado singular, verbis (e-STJ fls. 1.839/1.863):

A presente ação penal foi instaurada por denúncia com supedâneo no IPL 5-128, iniciado em 23.02.2007, destinado a apurar suposta infringência aos ditames da Lei 8.666/93, noticiada ao Ministério Público Federal através da petição de fls. 02/24.

O delito atribuído aos acusados é o de dispensa indevida de licitação e tem previsão legal no art. 89 da Lei 8.666/93, que dispõe:

(...).

No caso em comento, as provas não ensejam a conclusão de que houve intenção de burlar a obrigatoriedade da licitação.

Observe da narrativa dos fatos atribuídos aos réus na denúncia que [REDACTED], diretor de administração e finanças, [REDACTED], diretor comercial e de desenvolvimento e [REDACTED], diretor de infraestrutura e serviços, eram membro da

Superior Tribunal de Justiça

Diretoria Executiva da CODESP, à época, a qual deveria ser consultada pelo Presidente antes da assinatura de atos desse jaez. A conduta a eles atribuída consistiu em manifestar parecer favorável, autorizando, na 1111ª reunião ordinária daquela diretoria, a celebração do Termo de Permissão de Uso entre a CODESP e a empresa Santos Brasil S/A (fls. 422/425):

(...).

" II. I - considerando os registros contidos no processo n. 14893/03-79, decidido autorizar a celebração de Termo de Permissão de Uso, em caráter unilateral e a título precário, com a SANTOS BRASIL S/A, objetivando a utilização de área com superfície aproximada de 180.000m² (cento e oitenta mil metros quadrados), situada na margem esquerda do Porto Organizado de Santos, denominada TECON-2, nas seguintes condições e preços: a) (...). Decide também, submeter à homologação do Conselho de Administração, o Termo de Permissão de Uso (...). Decidido, finalmente, determinar à Diretoria Comercial e de Desenvolvimento, a imediata elaboração do processo licitatório, na modalidade de Concorrência, para arrendamento da área denominada como TECON-2 (...)"

Vale ressaltar que essa autorização dos membros da diretoria em questão baseou-se no prévio parecer favorável emitido pelo setor jurídico daquele órgão (fls.203/204), bem como no parecer emitido pela AGU/ANTAQ (fls. 792/803).

(...).

Assim, tendo em vista que a autorização da Diretoria Executiva da CODESP para a prática do ato de permissão de uso de área portuária baseou-se no aludido parecer jurídico constante de fls. 203/204, não restou caracterizado o dolo por parte dos seus membros - [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] - nos termos do entendimento expresso na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, supracitada.

Destaco que não se trata aqui da existência de dolo específico, que é afastado pela jurisprudência para que o crime se configure (STJ - HC 109039/BA, 2008/0134307-2 - DJ 30/06/2011), mas da ausência de dolo genérico, necessário à tipicidade da conduta, qual seja, a intenção de infringir a lei que determina a licitação.

Observe, inclusive, constar dos termos da referida autorização da celebração do Termo de Permissão de Uso, a expressão até que fosse realizada a devida licitação, conforme se vê às fls. 160/162, 188, 204, 211 e seguintes, o que comprova a ausência da intenção de dispensar a licitação e demonstra, por outro lado, que a orientação dada pelo setor jurídico fazia crer que o Termo de Permissão de Uso (TPU) prescindia de licitação, a qual deveria ocorrer apenas para a formalização do futuro contrato de

arrendamento.

Noutro giro, não há provas nos autos de que os denunciados [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] tenham se beneficiado, de qualquer forma, da celebração do Termo de Permissão de Uso em comento com a empresa Santos Brasil S/A. Desse modo, impossível o enquadramento da conduta, em relação aos mesmos, na norma descrita no artigo 89 e parágrafo único da Lei 8.666/93.

O mesmo raciocínio aplica-se, *mutatis mutandis*, aos acusados [REDACTED] e [REDACTED], diretores empregados da empresa Santos Brasil, à época dos fatos. Conforme já salientado, a norma exige, para a responsabilização dos mesmos, a prova de que tenham efetivamente concorrido para a dispensa indevida de licitação ou se beneficiado de tal ato.

Pois bem. A denúncia limita a descrição da conduta do primeiro em ter assinado a carta resposta em nome da empresa Santos Brasil S/A à indagação da CODESP, colacionada por cópia à fl. 193, da qual destaco o seguinte trecho, *in verbis*:

"Em atenção à sua carta DC-501.2003, de 12/06/2003, confirmamos que a Santos Brasil S/A segue disposta a contribuir com a CODESP para propiciar antecipação de meios para exportação de veículos pelo TECON 2, em consonância com o objetivo exportador do chamado "Projeto Tupy", enquanto a CODESP providencia a licitação da referida área para arrendamento. (...) após proficiente avaliação e detalhamento pela CODESP, no instrumento legal que esta venha a eleger para amparar o uso provisório da área e o encaminhamento das obras necessárias pela Santos Brasil S/A, até que esteja concluído o processo de licitação para arrendamento do Tecon 2 e a efetiva posse ao vencedor do certame."

Destarte, extrai-se dos próprios termos da referida carta-resposta que nunca existiu, por parte do acusado [REDACTED], qualquer intenção de concorrer para indevida dispensa de licitação, razão pela qual a sua absolvição é medida que se impõe.

(...)

No caso em tela, ainda que o TPU não tivesse obedecido às formalidades legais para a sua celebração, esse fato apenas poderia ocasionar a responsabilidade do administrador público responsável por sua formalização, uma vez que não restou demonstrado ter o particular, no caso em comento, concorrido para a suposta dispensa ilegal da licitação, o qual, simplesmente, aceitou "contribuir com a CODESP" (fl. 193).

(...).

Por ocasião das alegações finais, a acusação limitou-se a dizer que

"a empresa SANTOS BRASIL S/A, contrariamente do que alegou seu representante legal, de fato lucrou com a construção do TECON 2\ uma vez que, embora a alegação de não ter recebido um retorno do investimento lançado na área em razão do curto espaço de tempo que operou na área, o ganho da SANTOS BRASIL S/A, não estaria tanto no rendimento do TEV em si, mas sim no fato de poder utilizar o berço do 'TECON 2' para o desembarque de contêineres do 'TECON 1 fato este que daria uma sinergia muito maior para a empresa. "

(...).

Ademais, não há prova de que tenham eles agido em com dolo de se beneficiarem da não realização da licitação. Ao contrário, em todas as correspondências trocadas entre a CODESP e os representantes da empresa restou clara a ciência de que o uso da área estaria sendo permitido provisoriamente, para que se iniciassem as obras necessárias, até que fosse concluído o procedimento licitatório, ou seja, que a permissão de uso seria um "ato precário", até que se realizasse a licitação.

O próprio Termo de Permissão de Uso estabelece, na sua cláusula sexta, a forma de extinção do referido Termo (fl. 159):

(...).

Infere-se, portanto, do próprio TPU, que não restou demonstrada em momento algum, por parte dos acusados, a intenção de se dispensar a licitação, fora dos casos permitidos, mas, sim, a realização de um 'ato precário', que respaldasse o início urgente das obras, para durar até a conclusão do processo licitatório.

Quanto à conduta do Presidente da CODESP, à época, [REDACTED] cabe aqui estabelecer os parâmetros de análise do caso concreto, uma vez tratar-se de crime de dispensa de licitação quando da formalização do TPU, em 2003. A licitação, para a celebração do contrato definitivo de arrendamento, iniciou-se em 2004 e foi concluída no ano de 2009, conforme cópia do procedimento anexado aos autos por petição (fls. 1526/1531).

Verifico do referido procedimento que, após observados todos os trâmites legais da concorrência, apareceram apenas dois licitantes, sendo a empresa vencedora aquela à qual foi anteriormente deferida a permissão de uso, ou seja, a empresa Santos Brasil S/A, que ofereceu valor expressivamente mais vantajoso aos cofres públicos.

Pois bem. Vale ressaltar que o procedimento licitatório iniciou-se na CODESP em 2004, sob o nº 10572/04-02, tendo sido enviado à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), em 17 de maio de 2007, após o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Resolução n. 55 daquele órgão, como se vê do cronograma de fls. 468/469 e documentos de fls. 753/1087.

Então, quando do recebimento da denúncia, em 2007, por crime de dispensa de licitação, a referida licitação estava em curso, o que

poderia parecer uma *conlraditio in terminis*. Passo, pois, à análise da presente ação penal tomando por balizas a conduta do Presidente da CODESP quando da opção por formalizar TERMO DE PERMISSÃO DE USO, antes de aguardar o desfecho normal do procedimento licitatório. Nesse aspecto é que será avaliado se houve ou não dispensa indevida de licitação.

O crime de dispensa ilegal de licitação objetiva tutelar, antes de mais nada, a moralidade administrativa, razão pela qual sua configuração dispensa, *a priori*, prova de dano patrimonial à Administração Pública.

Nesse sentido, colaciono a seguinte jurisprudência:

(...).

Todavia, apesar do prejuízo econômico não ser essencial para a caracterização do crime, a falta dele acaba por reforçar a conclusão quanto à ausência de dolo para a prática do crime imputado aos réus.

Com efeito, no caso em tela, não restou provado dano ao erário público. Ao contrário, os documentos acostados aos autos demonstram que houve um negócio lucrativo para o interesse público, tendo em vista que a Sociedade de Economia Mista (CODESP), ao possibilitar o aproveitamento de área antes inutilizada, com a construção do terminal denominado TECON-2, não necessitou realizar investimentos financeiros, que ficaram a cargo da empresa "permissionária", a qual, após a conclusão do certame, levou aos cofres públicos valor muito superior aos investimentos antes por ela realizados, em razão do valor agregado.

Segundo a denúncia, com o desígnio de vencer os óbices normativos internos da CODESP, [REDACTED] "revogou a resolução DP nº 105.202 (...), que permitia a concessão de imóveis por meio de Permissão de uso, em caráter unilateral, negociai e precário, apenas quando estes não se prestassem para arrendamento, expedindo, em substituição, a Resolução DP nº 115.2003, ao arrepio da lei". E o réu teria assim agido na intenção de beneficiar a empresa Santos Brasil S/A, com a cessão de cerca de 180.000 metros quadrados de área portuária, sem a realização de licitação.

Tal finalidade, porém, não restou provada. Ao contrário, os documentos acostados aos autos, bem como a prova oral colhida em Juízo, harmônica com os fatos narrados pelos réus, por ocasião dos seus interrogatórios, demonstram de maneira cristalina que, em nenhum momento, houve intenção de dispensar o procedimento licitatório ou lesar o interesse público.

O Presidente do Conselho de Autoridade Portuária, ouvido como testemunha de defesa, em juízo, declarou, a respeito dos fatos:

(...).

São fartas nos autos as provas de que o réu [REDACTED] adotou as medidas cabíveis à realização da licitação, a qual seguiu o curso normal do procedimento. A demora na sua conclusão não decorreu de fatos imputáveis aos acusados, mas, sim, à própria morosidade do sistema, como se vê do extrato de fls. 668/736.

Observo que o suporte probatório é apto a demonstrar que não houve a intenção de se dispensar a licitação, mas, sim, de se chegar a um instrumento que possibilitasse o início da obra, antes da formalização de um contrato de arrendamento de área portuária, face a demora normal de um procedimento licitatório, nos moldes necessários a essa concessão.

A conduta de utilizar o Termo de Permissão de Uso com a interpretação de que a permissão é ato precário e, portanto, dispensaria licitação, embora seja inadequada ao caso em questão, não é capaz de transpor a seara administrativa para configurar o delito imputado na denúncia. Isto porque, na esfera penal, há necessidade da configuração do dolo, ou seja, da potencial consciência da ilicitude da conduta.

(...).

No cotejo dos documentos colacionados aos autos, em nenhum momento se verifica a intenção de dispensar a licitação para formalizar o contrato de arrendamento. Restou evidenciada, por sua vez, a necessidade de se atender a uma situação emergencial de interesse público, qual seja, evitar a evasão de divisas do Estado de São Paulo, o que, certamente, ocorreria, caso não houvesse, em Santos, um terminal portuário dotado de capacidade para exportação de veículos, no tempo exigido pela montadora.

O acórdão recorrido reformou a sentença, fazendo as seguintes considerações sobre o dolo e as provas dos autos (e-STJ fls. 2.177/2.185):

Há, nos autos, na verdade, situação de simples compreensão, embora possa o leitor do processo, à uma primeira vista, se deixar turvar a vista pelos inúmeros detalhes que orbitam o singelo objeto principal dos autos: alguns dos acusados fizeram ou concorreram, nitidamente, como diretores da CODESP, para a realização de permissão de uso à empresa privada (a "Santos Brasil S/A") sem a realização de prévia e necessária licitação, o mesmo tendo ocorrido com relação à um dos diretores da retro mencionada empresa.

(...).

Ressalte-se que, para a configuração do aludido delito, é desnecessária a demonstração de elemento subjetivo do tipo (para alguns, o dolo específico) e de ocorrência de prejuízo ao erário. A lei é silente sobre tais aspectos. Considerando-se os princípios que norteiam a Administração Pública, conclui-se que a conduta típica

descrita no artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação, é de mera conduta. A respeito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

(...).

Mas não obstante o crime cometido pelos acusados, que será a seguir mencionado, ser de mera conduta, uma análise apurada dos autos revela que a realização do TPU, mesmo que em hipótese, gerou prejuízo ao erário, uma vez que vieram aos autos propostas de outras empresas que, em princípio (..) eram muito mais favoráveis à CODESP.

De acordo com o TPU realizado, a remuneração pela cessão da área ficou estipulada no valor de R\$ 8,00 (oito reais) por veículo exportado, R\$ 10,00 (dez reais) por veículo importado e R\$ 8,00 (oito reais) por veículo embarcado ou desembarcado na corrente de cabotagem (cláusula terceira, fl. 157) e outra empresa, a RODRIMAR S/A TRANSPORTES, EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS E ARMARZÉNS GERAIS apresentou proposta, encaminhada à CODESP, na qual demonstrava interesse em explorar a área do TECON 2, mediante o pagamento de R\$ 1,20 (um real e vinte centavos) por metro quadrado, R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) por veículo movimentado, além de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) por contêiner movimentado (fl. 419).

Ou seja, além de propor um aluguel de aproximadamente R\$ 216.000,00 (duzentos e dezesseis mil reais) - considerando os 180.000 m² (cento e oitenta mil metros quadrados) da área a RODRIMAR pagaria à CODESP mais que o dobro do valor pago pela Santos Brasil S/A por veículo importado e o triplo por veículo exportado, e esta proposta foi completamente desconsiderada pela CODESP.

(...).

E não se pode admitir que a Diretoria-Executiva que aprovou o TPU desconhecia a manifestação de interesse de outras empresas em explorar o TECON, por ter assumido em março de 2003. A correspondência encaminhada ao Diretor Comercial e de Desenvolvimento da CODESP, [REDACTED], em 16/06/2003, pelo Diretor Econômico Financeiro da Santos Brasil S/A, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] faz menção às correspondências trocadas com a diretoria anterior, exatamente no período em que outras empresas manifestaram interesse em explorar a área TECON 2, exatamente a área objeto do TPU.

(...).

Como visto, é inverídica a alegação dos réus no sentido de que a única empresa que se ofereceu para financiar as obras do TEV e evitar prejuízo ainda maior para o patrimônio público foi a Santos

Superior Tribunal de Justiça

Brasil, pois outras empresas manifestaram interesse na aludida área, inclusive com propostas financeiramente melhores.

(...).

Logo, não convence o argumento contido no comunicado datado de 14/7/03, assinado por Fabrício Pierdomenico, de "que a Santos Brasil S/A, por sua condição de arrendatária do TECON 1, adjacente ao TECON 2, é o operador portuário melhor posicionado para operacionalizar a área, até que esteja concluído o regular processo licitatório para arrendamento da mesma (fls. 176 e 194).

(...).

Pois bem, embora não se exija a realização de resultado naturalístico para a realização do mencionado tipo, é certa a existência de prejuízo à CODESP e é absolutamente certa a existência de benefício financeiro auferido pela empresa Santos Brasil S/A.

(...).

A análise do contexto probatório, entretanto, demonstra que os agentes, tanto os membros da Diretoria-Executiva da CODESP, [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], e [REDACTED], [REDACTED], respectivamente, Diretor-Presidente, Diretor de Administração e Finanças, Diretor Comercial e de Desenvolvimento e Diretor de Infra-estrutura e Serviços, quanto [REDACTED], este na qualidade Diretor Econômico Financeiro da empresa SANTOS BRASIL S/A agiram com dolo ao praticar o crime descrito na denúncia, de dispensa indevida de licitação, previsto no art. 89, caput, e parágrafo único, da Lei 8.666/93.

(...).

Não vamos, portanto, analisar se o réu "tinha" consciência do que o que fazia era ilícito (o que não é passível de aferição, ontologicamente falando), mas sim se ele, naquelas condições, "tinha potencial condição" de aferir se aquela conduta era contrária ao ordenamento. Então, colocando o problema no seu devido lugar (na culpabilidade), veremos que não somente não conseguiram os acusados afastar a existência de potencial consciência da ilicitude (o que lhes cabia provar). À acusação incumbe a prova do dolo, mas as dirimentes devem ser comprovadas pelos réus, distribuição de ônus probatório, como, mais ainda, a acusação conseguiu - embora nem precisasse - comprovar que eles tinham, sim, a potencial consciência de que praticavam ato ilícito.

(...).

Outras entidades ligadas ao setor também questionaram o procedimento da CODESP, de utilizar o referido instrumento sem a realização de licitação, em benefício da Santos Brasil S/A. Por

Superior Tribunal de Justiça

exemplo, o Conselho de Autoridade Portuária, em 15/08/2003, enviou correspondência ao Diretor Comercial e de Desenvolvimento, [REDACTED], questionando sobre "qual o critério adotado para eleger a Santos Brasil S/A como permissionária do Tecon 2, tendo em vista que é do nosso conhecimento que outras empresas também requereram a área em questão" (fl. 134), além do Sindicato dos Trabalhadores Administrativos em Capatazia nos Terminais Privativos e Retroportuários e na Administração em Geral dos Serviços Portuário do Estado de São Paulo - SINDAPORT (fls. 135/136).

O documento de fl. 182 (23 de abril/2003) prova que a hipótese do TPU já havia sido descartada, eis que "não obteve parecer jurídico favorável", o que sugere que a Folha de Informação de fls. 203/204 (julho/2003) é oriunda de manipulação da Diretoria-Executiva da CODESP, que forçou a elaboração de novo instrumento, agora favorável aos seus interesses.

Para concluir desta manipulação, aponto os seguintes indicativos:

O réu [REDACTED], em 12 de junho de 2003, enviou correspondência a SANTOS BRASIL S/A (ofício DC-501.2003), "indagando se ainda permanece em vigor a proposta apresentada por essa Santos Brasil através da correspondência acima citada", constatando-se ter havido contato anterior com a aludida empresa ao referir-se "ao expediente DP-ED/510.2002, de 23.09.2002, e à resposta de Vossa Senhoria, datada de 05.11.2002, que tratam da instalação de Terminal para exportação de veículos na margem esquerda do Porto de Santos" (fls. 189/190).

Por sua vez, a SANTOS BRASIL S/A, por intermédio de seu Diretor Econômico e Financeiro, o réu [REDACTED], respondeu da seguinte forma: "confirmamos que a Santos Brasil S/A segue disposta a contribuir com a CODESP para propiciar antecipação de meios para exportação de veículos pelo TECON 2, em consonância com o objetivo exportador do chamado "Projeto Tupy" (fl. 191).

Deve-se atentar para o fato de que, não obstante a existência de deliberação do Conselho da Autoridade Portuária - CAP em 27 de novembro de 2002, no sentido de suspender o procedimento de concessão da área TECON 2 mediante permissão de uso (fl. 132), o réu [REDACTED], por meio da RESOLUÇÃO DP 80.2003, de 17 de abril de 2003, designou Grupo de Trabalho para realizar estudos para implantação do Terminal de Exportação de Automóveis, na modalidade Termo de Permissão de Uso - TPU (fls. 170/175), bem como enviou o Ofício DP-ED/293.2003 ao Presidente do Conselho de Autoridade Portuária - CAP em 17 de julho de 2003, sobre a proposta de celebração de Termo de Permissão de Uso, em caráter unilateral e a título precário com a SANTOS BRASIL S/A, relativo à área TECON 2 (fls. 140/146) e, ainda, expediu a DECISÃO DIREXE

243.2003, da Diretoria-Executiva da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, na 1.111ª Reunião (ordinária) realizada em 16 de julho de 2003, que autorizou que o referido TPU fosse celebrado (fl. 214). No caso do TECON 2, esse instrumento não deveria ser utilizado, pois a referida área somente poderia ser objeto de arrendamento, tanto que a licitação que veio a ser feita posteriormente previa o arrendamento como forma de exploração da área. Ou seja, pouco antes do TPU ser celebrado, a norma que impedia a utilização desse instrumento foi alterada, o que evidencia que a Diretoria-Executiva tinha ciência da impossibilidade de se valer de tal contrato.

Portanto, a alegação dos réus de que não teriam agido com dolo por acreditarem que não seria necessária a realização de licitação para a celebração do TPU, bem como por ter sido iniciado, concomitantemente (quando a lei fala, claramente, de licitação antecedente), o processo de licitação para a realização do arrendamento da área, não convence.

Ademais, sustentar desconhecimento sobre a necessidade de licitar, na posição dos acusados, ocupando cargos executivos de elevado nível, tanto numa sociedade de economia mista como a CODESP, quanto numa empresa de grande porte como a Santos Brasil S/A, acostumados a discutir e fechar grandes negócios, não é crível.

As manifestações da CGU (fls. 427/570), ANTAQ (fls. 788/790), CAP (fl. 134), AGU (fls. 792/803), em nada socorrem os réus, seja porque são posteriores à tomada de decisão ou celebração do TPU, seja porque consignaram que a utilização do TPU era ilegal. Não há que se falar em aceitação tácita ou expressa pelo MPF, CGU, CONSAD, CAP, ANTAQ e AGU. Tanto que a ANTAQ recomendou que outros TPUs não fossem realizados, ressaltando a possibilidade de responsabilidade da autoridade portuária (parecer de fls. 788/790). Não houve, portanto, reconhecimento da validade do TPU, como os réus querem fazer crer. Apenas se recomendou sua alteração tendo em vista a realidade fática ilegal, mas já inevitavelmente instalada.

Diante de todo esse contexto - correspondências trocadas entre a SANTOS BRASIL e o réu [REDACTED], RESOLUÇÃO DP 80.2003, de 17 de abril de 2003, para realizar estudos para implantar o Terminal de Exportação de Automóveis (fls. 170/175); Ofício DP-ED/293.2003 enviado ao Presidente do Conselho de Autoridade Portuária - CAP em 17 de julho de 2003, sobre a proposta de celebração de Termo de Permissão de Uso, em caráter unilateral e a título precário com a SANTOS BRASIL S/A (fls. 140/146); DECISÃO DIREXE 243.2003, da CODESP, que autorizou a celebração do referido (fl. 214); a existência de proposta mais vantajosa de outra empresa para explorar a área do TECON 2 (fl. 419) e conseqüente prejuízo para o erário com a celebração do TPU nº 03/2003; a recomendação do MPF para cessar o uso sem licitação

Superior Tribunal de Justiça

da área (fls. 122/124, 757/759); parecer jurídico desfavorável ao uso do TPU (fl. 182) - a manifestação de outras entidades do setor no mesmo sentido da manifestação do MPF (fls. 134,135/136) - não se afigura razoável a conclusão de que os réus não teriam, ao menos potencial, consciência de que a licitação era inafastável.

Existiu dolo (conhecimento dos elementos do tipo e vontade de praticá-los) e existiu potencial consciência da ilicitude.

Quer imaginemos que o instrumento jurídico implementável à hipótese era uma permissão de uso quer um arrendamento, em ambos os casos temos a vedação expressa da Lei 8.666/93 para sua realização sem precedente licitação, em seus artigos 2º e 4º.

Mas a análise da legislação que rege a questão conduz à conclusão de que a cessão da área objeto do TPU nº 3, de 04/08/2003, não poderia ser feita por referido instrumento, mas tão-somente por meio de celebração de contrato de arrendamento, que exige para sua formalização o indispensável e prévio procedimento licitatório.

(...).

Também não se pode esquecer que o objetivo do TPU era o escoamento de exportação de automóveis, algo que supostamente requeria urgência, no contexto de realização do chamado "PROJETO TUPY". Entretanto, é dos autos que sequer tal operação foi realizada no Porto de Santos!

Os próprios réus [REDACTED] e [REDACTED], em seus memoriais (fls. 1.665/1.769), admitiram que "questões operacionais fizeram com que referido projeto fosse transferido, em 2008, para São José dos Pinhais (PR)" (fl. 1.714), referindo-se ao PROJETO TUPY, que, segundo os acusados, foi o motivo da cessão da área TECON 2 à empresa Santos Brasil S/A sem a necessária e devida licitação.

Ou seja, até o pressuposto fático da urgência não existia.

(...).

O fato do crime em questão ser de mão própria não implica na impossibilidade da ocorrência do concurso de agentes (STJ - 5ª Turma - HC 36287/SP - rei. Min. FELIX FISCHER, j. 17/05/2005, v.u., DJ 20/06/2005, p. 305 e REsp 659512/RS - rei. Min. GILSON DIPP, j. 21/10/2004, v.u., DJ 29/11/2004, p. 397).

Em 10/9/2012 foi proposta, ainda, Ação Civil Pública contra os recorrentes, pelos mesmos fatos, imputando-lhes a prática de atos de improbidade administrativa (art. 10, VIII, e subsidiariamente, no art. 11, caput, da Lei 8.429/1992) (e-STJ fls. 2006/2039).

Na referida ação civil, declarada a prescrição pelo Tribunal a quo e

interposto recurso especial pelo Ministério Público Federal, foi dado provimento ao recurso para reformar o entendimento exarado, e afastar a prescrição, na forma em que reconhecida pelo TRF da 3ª Região, bem como os óbices ao recebimento da inicial para regular instrução processual, ficando consignado que *"as questões referentes à existência de efetivo dano ao Erário (ou à possibilidade de reconhecimento de dano in re ipsa) ou a presença de ato ímprobo e do elemento subjetivo da conduta dos envolvidos deverão ser analisadas no momento oportuno, após regular instrução* (REsp. 1.513.303/SP, Rel. para acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHAES, Segunda Turma, j. em 16/2/2017).

Ocorre que, ao meu ver, a situação dos autos merece um olhar diferenciado.

Com efeito, é possível verificar que a inicial acusatória, de fato, retrata uma conduta irregular dos Diretores da Codesp e de alguns diretores da Santos Brasil, dispensando a realização de licitação fora das hipóteses legais. Mas não se desincumbiu o órgão acusatório de demonstrar que o proceder teve **como objetivo causar efetivo prejuízo à Codesp**.

In casu, a denúncia cita, como atos praticados pelos denunciados, os seguintes: *firmar documento indagando se persistia o interesse da Santos Brasil S/A na obtenção de área visando a instalação de Terminal de Exportação de Veículos; solicitar reunião da Diretoria-Executiva da CODESP para decidir sobre a autorização de celebração do TPU à Santos Brasil S/A; envio de correspondência ao Conselho de Autoridade Portaria propondo a celebração do TPU em razão da premente necessidade da instalação de um Terminal de Veículos para suprir aumento de demanda; revogação de Resolução anterior para permitir o uso do Termo de Permissão de Uso*.

Considerando as justificativas apresentadas pela própria Codesp para a saída encontrada de maneira a viabilizar o funcionamento do terminal, a existência de pareceres da AGU e da autoridade portuária pela manutenção do termo de permissão de uso *a título precário* (e-STJ fls. 773/784 e documentos de fls. 748/749 e

770/771) e a ausência de qualquer menção na denúncia ou mesmo no acórdão recorrido **de intenção deliberada de causar prejuízo à Administração ou de obter favorecimento pessoal**, a celebração do TPU sem a licitação configura uma **irregularidade formal**, fato que é insuficiente, a meu ver, para demonstrar, *per si*, o elemento subjetivo indispensável à configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/2003, que exige, como anteriormente afirmado, *a prova do dolo específico de causar dano ao erário e a administração pública*.

O direito penal deve atuar como *ultima ratio*. Destarte, mostra-se inviável a condenação criminal quando há consistentes dúvidas sobre a conduta ilegal dos acusados, ainda que se possa divisar irregularidades no procedimento, o que atrai a incidência do princípio *in dubio pro reo*.

A propósito da indispensabilidade do dolo específico para fins de condenação por dispensa irregular de licitação, confira-se a orientação desta Corte:

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. 0000547-65.2012.8.03.0000, 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, julgado em 13/12/2016, 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

Superior Tribunal de Justiça

ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

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, julgado em 22/08/2017, DJe 11/09/2017).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS.

1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. 2. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO. INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

1. 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.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei 8.666/1993 exige "o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica - Inq 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014" (AP 683/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06/3/2017). Portanto, não constando da denúncia o dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo, verifica-se que não ficou devidamente demonstrada a tipicidade do delito imputado, revelando-se, dessa forma, inepta a inicial acusatória.

3. Recurso em habeas corpus provido, para trancar a Ação Penal n.

0803811-65.2013.8.20.0124, haja vista a inépcia formal da inicial acusatória, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, com

extensão da ordem aos codenunciados [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED],
[REDACTED], nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

(RHC 49.627/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/67 C/C O ART. 89 DA LEI N. 8666/90. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS E DE EMPRESA COM EXCLUSIVIDADE PARA APRESENTAÇÃO ARTÍSTICA. ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES LEGAIS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE DANO E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS RECONHECIDA. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. (APn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012).

2. Não havendo indícios mínimos acerca da ocorrência de prejuízo ou de dolo de causar dano ao erário com as contratações realizadas, as quais não estão fora das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas pela Lei n. 8.666/90, deve ser reconhecida a atipicidade das condutas.

(...).

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 516.234/BA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA.

1. Na linha do entendimento fixado por esta Corte Superior, a condenação pela prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/1993

Superior Tribunal de Justiça

depende da demonstração do dolo específico, consistente na intenção deliberada de causar dano ao erário, bem como do efetivo prejuízo verificado, o que inocorreu na hipótese.

2. A sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, sem necessidade do exame aprofundado de provas, vedado a teor da Súm. 7/STJ, deixaram claro e bem delimitado todo o contexto fático em que a conduta foi perpetrada. Não se reputou qualquer atitude do agravado **capaz de caracterizar o dolo específico de causar prejuízo ao erário**. Foi consignado, apenas, que os acusados "fracionaram o objeto a fim de realizar compras de forma direta, dispensando, com isso, a realização do certame licitatório fora das hipóteses previstas em lei", o que se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

(...).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp. 1.497.443/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. 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.

2. No presente caso, não tendo sido demonstrados o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta do acusado, como exigido pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a absolvição pela prática delituosa prevista no art. 89 da Lei de Licitações é medida que se impõe.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 975.652/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LICITAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. AGRAVO

REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte Especial deste Tribunal, quando do julgamento da Apn n.º 480/MG, em 29/03/2012, acompanhando o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq n.º 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), manifestou-se no sentido de que, para a caracterização do crime previsto no art. 89, da Lei n.º 8.666/1993, é imprescindível a comprovação do dolo específico de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório.
2. Na espécie, as informações contidas na inicial acusatória demonstram, em tese, o cometimento de irregularidades administrativas, a serem eventualmente apuradas em esfera própria. Entretanto, não vislumbro elementos mínimos aptos a atrair a incidência do tipo penal, não se justificando a condenação do recorrente pelas sanções do art. 89, da Lei n. 8.666/93.
3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp. 1.374.278/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014)

RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVO DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO, NA ESPÉCIE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ESTE FIM.

1. A jurisprudência atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, estribada em decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entende que, para fins da caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório.
2. A exordial acusatória retrata a conduta irregular do réu, que, na condição de então Presidente da Câmara dos Vereadores, teria dispensado indevidamente o processo licitatório e locado, por vários anos, veículo automotor de propriedade de terceiro, para prestar serviços ao referido órgão público, utilizando-o ainda para uso próprio.
3. Desse modo, não se olvida que os elementos contidos na inicial acusatória demonstram, em tese, o cometimento irregularidades administrativas, a serem eventualmente apuradas em esfera própria. Contudo, não se extrai dos autos o substrato mínimo a atrair a incidência do tipo penal, não se justificando a condenação do

Superior Tribunal de Justiça

paciente pelas sanções do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

5. Recurso especial provido, para absolver o acusado, com amparo no art. 386, III, do Código de Processo Penal (atipicidade material da conduta). (REsp. 1.349.442/PI, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Desembargador Convocado do TJ/PR, 5ª Turma, j. em 9/4/2013, DJE de 12/4/2017).

No caso em tela, o próprio acórdão recorrido afirmou, em total confronto com a jurisprudência deste Tribunal e do Excelso Pretório, que o dolo genérico é suficiente para a condenação.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial de [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] para restabelecer a sentença absolutória e, consequentemente, **julgo prejudicado** o recurso especial do Ministério Público, que objetivava o aumento da pena dos recorrentes e a condenação de [REDACTED].

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator