



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1814952 - SP (2021/0011410-9)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : EDUARDO QUESADA PIAZZALUNGA
ADVOGADOS : SIDNEY DURAN GONÇALEZ - SP295965
ADRIANO CARLOS RAVAIOLI - SP291726
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO. ELEMENTO NÃO IDENTIFICADO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO PENAL. PRECEDENTES. SÚMULA 568/STJ. APLICAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por EDUARDO QUESADA PIAZZALUNGA contra decisão que conheceu, em parte, do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento (fls. 1.028-1.037).

Informam os autos que o ora agravante foi condenado, em primeiro grau, às penas de 5 (cinco) anos de detenção, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no mínimo legal, por infração, por 17 (dezessete) vezes, ao art. 89 da Lei n. 8.666/93, na forma do art. 71, *caput*, do CP (fls. 619-629).

Em segunda instância, o Tribunal de origem, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento à apelação interposta pelo agravante (fls. 790-811). Os embargos de declaração opostos pelo insurgente foram rejeitados (fls. 873-879).

No recurso especial (fls. 819-862), interposto com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, o insurgente sustentou, além de divergência jurisprudencial, a

violação dos seguintes dispositivos legais:

a) art. 399, § 2º, do CPP, ante alegada ofensa ao princípio da identidade física do juiz, tendo em vista que o gozo de período regular de férias não pode ser interpretado como hipótese apta a excepcionar o sobredito princípio; b) art. 89 da Lei n. 8.666/93, sob argumento de que a adequada configuração do crime imputado ao insurgente exige a comprovação de dolo específico e do efetivo prejuízo ao erário, elementos que não foram indicados no caso; e c) art. 71 do CP, ao fundamento de que deve ser afastado o reconhecimento da continuidade delitiva, tendo em vista que, somente se somadas, as condutas imputadas ao insurgente ultrapassam o limite então previsto para a dispensa de licitação, o que torna impositivo o reconhecimento de crime único.

Requeru, por fim, o conhecimento e provimento do recurso especial para absolver o recorrente, em razão da atipicidade da conduta que lhe fora imputada, ou, subsidiariamente, a fim de reconhecer a nulidade por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, ou, não sendo acolhida a tese anterior, para afastar o incremento da pena pela incidência da continuidade delitiva.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 900-914), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado: a) na incidência da Súmula n. 284/STF, ante a deficiência de fundamentação do recurso; b) na ausência de comprovação adequada da divergência jurisprudencial, tendo em vista a não realização de cotejo analítico; c) na incidência da Súmula 7/STJ, pois a análise das questões suscitadas implicaria revolvimento fático-probatório (fls. 930-932).

Nas razões do agravo em recurso especial, postulou o agravante o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários à sua admissão (fls. 939-968). Indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (997-998). O Ministério Público Federal apresentou manifestação pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 1.010-1.017). Em decisão de minha relatoria, o recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (fls. 1.028-1.037).

Neste agravo regimental (fls. 1.042-1.062), o agravante, além de reiterar as teses apresentadas no recurso especial, sustenta que a decisão impugnada não merece prosperar, pois a análise da tese defensiva prescinde de novo exame do acervo fático-probatório produzido nos autos, o que torna inaplicável ao caso o enunciado n. 7 da Súmula deste STJ, bem como porque houve a adequada comprovação da divergência

jurisprudencial.

Requeru, portanto, a reconsideração da decisão agravada para que seja conhecido e provido o recurso especial, ou, subsidiariamente, o encaminhamento dos autos ao Colegiado para a análise da matéria.

A Defesa colacionou aos autos a sentença que julgou improcedente a ação civil pública movida em desfavor do recorrente (fls. 1.079-1.092). O Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou contrarrazões ao agravo regimental, em que pugnou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.100-1.103).

É o relatório. **DECIDO.**

Tendo em vista os argumentos expendidos pelo agravante nas razões do agravo regimental, reconsidero a decisão prolatada às fls. 1.028-1.037, com fulcro no art. 258, § 3º, do RISTJ, e passo a examinar as razões do recurso especial, ante a suficiência e adequação dos fundamentos lançados no agravo em recurso especial.

Consoante relatado, o recorrente foi condenado pelo crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, porque teria, durante o ano de 2012, na condição de Prefeito do Município de Mirante do Paranapanema/SP, dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei quando da aquisição, fracionada e direta, de materiais de limpeza de necessidade previsível e rotineira da Administração Pública fornecidos pela empresa do corréu na ação penal, avaliados globalmente em R\$ 19.483,17 (dezenove mil, quatrocentos e oitenta e três reais e dezessete centavos).

No recurso especial, a Defesa, sustenta, em síntese, que o recorrente deve ser absolvido, tendo em vista que, para a correta configuração do tipo penal que lhe fora imputado, é necessária a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo aos cofres públicos.

Subsidiariamente, sustenta a configuração de violação ao princípio da identidade física do juiz, bem como que deve ser afastada a continuidade delitiva, tendo em vista que, isoladamente, nenhuma das condutas revela-se típica.

Preliminarmente, verifico que o recurso não ultrapassa, em parte, a barreira do conhecimento.

Com efeito, a interposição do recurso especial com fulcro na alínea *c*, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, exige o atendimento dos requisitos do art. 1029, § 1º, do CPC, e art. 255, § 1º, do RISTJ, para a devida demonstração do alegado

dissídio jurisprudencial, competindo à parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, bem como transcrever os acórdãos para a comprovação da divergência e realizar o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, situação que não ocorreu na espécie.

Em idêntico sentido: AgRg no AREsp n. 1.193.027/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 17/12/2021; AgRg no AREsp n. 1.796.690/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 22/9/2021.

Passo, doravante, à análise do recurso especial pela alínea *a*, do permissivo constitucional.

Ao analisar a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, o Tribunal de origem registrou os seguintes fundamentos (fls. 797-809, grifei):

"A prova dos autos é tão-robusta que a própria defesa de EDUARDO admite que "A não realização de licitação e não formalização do procedimento da dispensa são fatos incontroversos nos autos, encontrando-se documentados nas diversas notas de empenhos dispersas ao longo dos autos, bem assim na prova oral coligida" (sic) (fls. 692).

A materialidade vem consubstanciada nos diversos documentos que, inclusive, deram azo, primeiro à ação civil pública e, depois, ao presente processo criminal.

Não há dúvidas, ainda, em relação à autoria, tanto que as combativas defesas sequer a contestam alegando, apenas, inexistente o dolo específico consistente na vontade de lesar o erário público e, ainda, inexistência de dano ou conluio entre eles.

O caderno de provas, contudo, deixa clara a ocorrência do crime descrito na inicial.

[...]

Resumidamente, então, o prefeito afirmou que cada setor comprava seus produtos de limpeza e que os valores provinham de necessidades diversas e variáveis de cada setor, mas estranhamente os diretores faziam as compras nos mesmos dias e, dos mesmos produtos e quantidades, pagando exatamente os mesmos valores a cada compra, embora um setor fosse de obras e urbanismo e outro de esportes, justamente o que deveria cuidar diretamente do alegado convênio com o SESI em razão do programa "Atleta do Futuro".

Chama a atenção o fato das notas fiscais apontarem

compras dos mesmos produtos como ocorreu em 04/07 (fls. 70), 07/08 (fls. 76), 05/09 (fls. 82) e 15/10 (fls. 91) em que o departamento de obras e urbanismo adquiriu: detergente, lã de aço, sabão Ypê, água sanitária, desinfetante, lustra móveis de 2 tipos, brilha alumínio e pedra sanitária, com quantidades idênticas e todos ao exato custo de R\$ 1.811,58 e, em 07/02 (fls. 46), 15/03 (fls. 49) e 17/04 (fls. 58) a R\$ 1598,64, o mesmo tendo acontecido com o departamento de esportes que, nos mesmos dias 04/07 (fls. 73), 07/08 (fls. 79), 05/09 (fls. 85) e 15/10 (fls. 88), adquiriu as mesmas quantidades de: lava-roupas, detergente, sabão neutro, lã de aço, água sanitária e desinfetante, a exatos R\$ 627,55 tendo havido, ainda, outras compras, também de mesmos produtos e quantidades, em 07/02 (fls. 43), 15/03 (fls. 52) e 30/04 (fls. 55), estas a R\$ 621,35.

Estranhamente, ainda, há informação interna de que a empresa fornecedora de tais produtos não foi vencedora de nenhum processo licitatório em 2012 (fls. 92), ano em que, entretanto, houve 3 pregões para aquisição dos mesmos itens 010/2012 com vigência entre 07/03/2012 e 06/03/2013, 018/2012 entre 25/04/2012 e 24/01/2013 e 025/2012 entre 12/06/2012 e 11/12/2012 (fls. 96 e ss.).

O prefeito alegou, ainda, que normalmente às quintas-feiras chegava a informação do término dos produtos e, para que a cidade não “parasse” até segunda-feira, as compras emergenciais eram necessárias, mas dos dias em que as aquisições foram realizadas, somente uma foi numa quinta-feira, dia 15/03, sendo as demais feitas entre segunda e quarta-feira.

O preço dos produtos adquiridos, de outro lado, foi muito superior aos alcançados nas compras feitas com processo licitatório como ocorreu, por exemplo, com a aquisição de 100 frascos de 500ml de brilha alumínio que, na proposta de “LSV Indústria e Comércio Ltda. EPP”, custou R\$ 0,99 cada (fls. 109), enquanto na empresa de JOSÉ LEONILDO a mesma unidade foi adquirida por R\$ 1,79 (fls. 70, 76, 82 e 91), repetindo-se a mesma discrepância com desinfetante 2l adquirido por R\$ 1,87 (fls. 110) e vendido pelo réu a R\$ 3,25 (fls. 70, 76, 82 e 91).

É certo, como afirma a combativa defesa do alcaide, que houve notificação à empresa “Marco Antonio Garcia de Oliveira ME” por descumprimento de parte do contrato fixado em razão do pregão 010/2012 (fls. 128), mas ela se deu em relação, também, aos departamentos de saúde e corpo de bombeiros, não beneficiados com as compras aqui tratadas.

As notificações, ainda, foram feitas em 1º/06/2012 (fls. 128) e 25/06/2012 (fls. 135), em razão da falta de entrega de: a) sacos alvejados, pá de lixo e escova para lavar vaso sanitário à secretaria de saúde em 10/05 (fls. 129); b) álcool líquido, pano de

prato, sabão em pedra e filtros de papel para o corpo de bombeiros em 10/04 (fls. 132); c) baldes plásticos e detergente neutro para a secretaria de obras em 21/05 (fls. 133) e; d) álcool líquido, baldes plásticos e vassouras de palha para a secretaria de esportes, em 10/04 (fls. 134).

Houve compras, entretanto, realizadas antes de noticiada a falta de produtos, em 07/02, 15/03, 17 e 30/04, de produtos diversos daqueles faltantes, ou seja, lã de aço, água sanitária, desinfetante, lustra-móveis, brilha alumínio e pedra sanitária, não constando, de outro lado, nas demais compras, efetuadas em 04/07, 07/08, 05/09 e 15/10, nenhum balde plástico, saco alvejado, pá de lixo etc.

Fica claro, assim, que mesmo que a empresa “Marco Antonio Garcia de Oliveira ME” tenha descumprido o contrato, ela estava obrigada a fornecer produtos diversos dos adquiridos e continuaram sendo fornecidos, a preços mais vantajosos, pelas demais vencedoras dos pregões realizados em 2012.

[...]

Indubitável, portanto, que as compras aqui tratadas não decorreram de eventual desídia do fornecedor com quem o Estado entabulou contrato em decorrência de licitação válida, não havendo justificativa para a compra parcelada que não a tentativa de fuga à exigência legal da existência de um procedimento licitatório que garantiria à municipalidade o melhor preço ao mesmo tempo em que garantiria a liberdade de participação dos interessados em condições de igualdade, além da impessoalidade, moralidade e publicidade dos atos públicos.

A alegação de que as compras, consideradas isoladamente, respeitaram o limite legal, não beneficia os réus, pois justamente é essa conduta, de aquisições parceladas de produtos idênticos, que configura o crime pelo qual foram condenados, já que efetuaram compras com dispensa de licitação fora das hipóteses legais e com inobservância das formalidades exigidas.

Descabida, ainda, a alegação do prefeito de que o aumento do consumo sobreveio de circunstâncias inesperadas como a inauguração de um shopping popular, 2 quadras, academia, praça, enfim, prédios públicos que, certamente, não foram construídos da noite para o dia e, portanto, houve tempo hábil para prever o alegado acréscimo na demanda, o mesmo ocorrendo com os comícios políticos, que se repetem a cada 4 anos.

Desnecessário, de outro lado, o dano ao erário público que, de qualquer modo, como demonstrado, ocorreu.

O bem jurídico tutelado, no presente caso, é a proteção dos interesses da Administração Pública, não só no

aspecto material, mas, sobretudo no moral, pouco importando a demonstração de lesão ao erário público, sendo irrelevante, ainda, saber se o preço pago correspondia, ou não, ao praticado no mercado e, portanto, desnecessário verificar-se qualquer resultado naturalístico de prejuízo ao erário para a caracterização do delito.

Relembre-se, contudo, que o prejuízo ficou claro pela mera comparação de preços dos produtos fornecidos mediante licitação e os adquiridos na presente hipótese, mas de qualquer modo, ainda que não existisse prova de dano aos cofres públicos, não integrando tal circunstância o tipo penal do art. 89, da Lei 8.666/93, isto não seria suficiente para afastar a responsabilidade penal dos apelantes, já que a tipificação visa coibir a prática de atos atentatórios aos princípios que regem a Administração Pública.

Tratando-se, ainda, de delito de mera conduta, não se exige dolo específico, mas apenas o genérico e, assim, demonstrada a contratação sem licitação quando a lei prevê o contrário, incabível a tese de ausência de dolo, até porque ficou claro que a responsabilidade pela escolha do contratado e o poder de decisão pertenciam ao prefeito, ainda que os tenha delegado a seus subordinados.

[...]

Insta salientar, ainda, que a Constituição Federal, em seu art. 37, consagrou a licitação como regra para a contratação de particulares e tal obrigatoriedade visa assegurar, além da igualdade de oportunidades aos interessados em contratar com o Poder Público, a possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa.

É certo que existem exceções a esta regra, todas previstas na própria lei de licitações, mas para que seja possível a dispensa, a autoridade responsável deveria justificar seu ato, apresentando razões que apontassem a inviabilidade do certame licitatório, circunstâncias não observadas no presente caso.

Não se olvida a existência de corrente que entende que o delito do artigo 89 da Lei de Licitações tem natureza material, com a exigência da produção de uma lesão ao erário para que se possa afirmar a sua consumação, mas mesmo que se adotasse tal entendimento, a discrepância de preços apontadas no presente caso deixa clara a ocorrência de prejuízo ao erário público.

De absolvição, portanto, sob qualquer das óticas trazidas pelas combativas defesas, não se pode cogitar."

Inicialmente, a respeito da controvérsia suscitada no recurso especial, registro

que o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é consolidado no sentido de que deve ser comprovado o dolo específico de causar prejuízo ao erário, bem como o efetivo dano às contas municipais, a fim de que seja possível a condenação do agente pelos delitos previstos nos arts. 89 da Lei n. 8666/1993 e art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes recentes das Turmas que compõem a Terceira Seção deste STJ:

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

[...]

2. A jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual, no caso do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, para a caracterização do delito se faz necessária a presença de especial finalidade de agir na conduta do agente, consistente na intenção deliberada de causar lesão ao erário (dolo específico).

3. Este STJ admite a valoração negativa da culpabilidade em virtude do alto cargo ocupado por determinadas pessoas - como os réus, então prefeito e secretário da administração - na estrutura estatal.

4. A inversão do julgado, no ponto, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável nesta instância especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos" (EDcl no AgRg no AREsp n. 2.451.320/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18/3/2024, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO CONCRETO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO TIPO PENAL. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A compreensão adotada pelo Tribunal de origem está em perfeita sintonia com a jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige, para sua tipificação, a presença do dolo específico e a caracterização de efetivo prejuízo.

2. A instância ordinária reconheceu, com amparo nas provas produzidas nos autos, a ausência de elementos aptos a comprovar o

dolo específico e o efetivo prejuízo ao Erário no caso concreto. A revisão desta premissa fática exigiria amplo reexame probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 2.044.385/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, DJe de 15/3/2024).

Fixadas as premissas acima e a partir da análise dos elementos do acervo probatório que o Tribunal de origem considerou devidamente comprovados, verifico que os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido para manter a condenação do insurgente estão em descompasso com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque o acórdão recorrido, malgrado tenha indicado, de forma amplamente suficiente, a irregularidade da contratação direta e fracionada empreendida pelo insurgente, considerou prescindível a demonstração do dolo específico de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa indevida de licitação, compreensão que, repiso, não se alinha com o entendimento deste Tribunal.

Ademais, verifico que, para concluir pela presença de dolo na conduta do ora recorrente, o Tribunal de origem se amparou genericamente no poder de decisão então ostentado pelo recorrente, sem indicar, de forma concreta, a partir do acervo probatório dos autos, qualquer circunstância que revelasse, de forma específica, que o agente agiu com a finalidade livre e consciente de, por meio da dispensa indevida de licitação, impor prejuízo aos cofres públicos.

Destarte, ausente a demonstração concreta da presença de dolo específico na conduta imputada ao agente, tenho como necessária a reforma do acórdão impugnado para afastar a condenação pelo crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

Nesse contexto, estando o acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, *in verbis*: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Por fim, registro que, em razão do acolhimento do pedido principal formulado pelo insurgente nas razões do recurso especial, revelam-se prejudicados os pedidos

subsidiários relativos às suscitadas violações aos arts. 399, § 2º, do CPP, e 71 do CP.

Ante o exposto, reconsidero a decisão prolatada às fls. 1.028-1.037, com fulcro no art. 258, § 3º, do RISTJ e, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo em recurso especial para dar parcial provimento ao recurso especial a fim de absolver o recorrente com relação ao crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP**, nos termos da fundamentação acima delineada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator