

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.326.097 - SP (2012/0111114-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : DOUGLAS DE LIMA RIBEIRO
ADVOGADO : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE PAULO DE FARIA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. OCORRÊNCIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto por DOUGLAS DE LIMA RIBEIRO com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELAÇÃO - LICITAÇÃO - VIOLAÇÃO AO ART. 89, *CAPUT*, DA LEI 8.666/93 - DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS - CONTRATOS SUCESSIVOS QUE, SOMADOS, ULTRAPASSAM O LIMITE PARA A DISPENSA - AUSÊNCIA DE DOLO OU DE PROVA DE LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO - Irrelevância: O crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 independe, para sua configuração, de prova de lesão ao erário público, já que o bem tutelado é a moralidade administrativa sendo desnecessário, ainda, conhecer os motivos que conduziram o agente a fraudar o certame licitatório. DOSIMETRIA - FIXAÇÃO DE PENA EM PATAMAR SUPERIOR E DE ESPECIE DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DIVERSA DA PREVISTA NO TIPO-PENAL - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO - Necessidade: Embora o tipo-penal preveja pena mínima de 03 (três) anos de detenção, a reprimenda inicial, em patente erro material, foi fixada em 04 (quatro) anos de reclusão, sendo necessária a correção do equívoco, com redução das penas que, diante do novo patamar, permitem a fixação do regime aberto com substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos. Recurso parcialmente provido para redução das reprimendas, abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por prestação de serviços à comunidade cumulada com multa". (fls. 747/760)

Em seu recurso especial às fls. 770/782, sustenta o recorrente negativa de vigência ao artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sob o argumento de que incabível a condenação

Superior Tribunal de Justiça

do acusado, na medida em que ausente demonstração do dolo e do prejuízo ao erário necessários à configuração do aludido tipo penal. Além disso, aponta violação ao artigo 21 do Código Penal, "porquanto, uma vez caracterizada a falta de consciência da ilicitude por parte do recorrente, era imperiosa sua aplicação".

Outrossim, aduz malferimento aos artigos 155 e 381, inciso III, ambos do Código de Processo Penal, "em face da ausência de correlação idônea entre os argumentos utilizados para justificar a suposta ocorrência do dolo e a pretensa consciência da ilicitude das condutas". Por fim, alega a ocorrência de dissídio jurisprudencial, a respeito da necessidade da comprovação do prejuízo ao erário público, para a tipificação do delito constante no artigo 89 da Lei de Licitações, ao passo que transcreve trechos de julgados tidos como paradigmas, supostamente divergentes, em reforço à sua tese.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 918/925.

O recurso especial foi admitido às fls. 929/931.

Em seu parecer às fls. 945/961, o Ministério Público Federal pugna pelo não conhecimento do apelo raro, ou se conhecido, pelo não provimento do recurso, nos seguintes termos:

"RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, III, ALÍNEAS A E C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO PELA ALÍNEA 'C'. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 89, *CAPUT*, DA LEI 8.666/93, AO ARTIGO 21 DO CÓDIGO PENAL E AOS ARTIGOS 155 E 381, III, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 1. PRELIMINARES ARGUIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE MERECEM PROSPERAR. RECURSO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 26 DA LEI Nº 8.038/90. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. As preliminares arguidas pelo Ministério Público devem prosperar. A petição de recurso não preenche os requisitos previstos no artigo 26, da Lei nº 8.038/90, pois não impugna objetivamente os fundamentos da decisão recorrida, mostrando-se inepta, haja vista que o recorrente 'mal indicou qual preceito infraconstitucional tivesse sido violado, tampouco no que consistiriam as contrariedades. Assim, não demonstrou o cabimento do recurso' (fl. 920). A rigor, essa c. Corte entende que é imprescindível, para conhecimento do especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional, a indicação dos artigos tidos por violados, além de suas razões específicas, sob pena de aplicação do comando da Súmula nº 284, do Supremo Tribunal Federal, por deficiência na fundamentação a permitir a exata compreensão da controvérsia. A verdadeira pretensão recursal dirige-se à rediscussão do acervo probatório para fins de afastamento das conclusões do acórdão, objetivo que se mostra inviável nesta sede especial. Desta forma, há que se opor à pretensão da agravante o óbice determinado pela Súmula nº 7-STJ. A divergência, de outro lado, não está demonstrada segundo os moldes regimentais, haja vista que o agravante não apresentou o indispensável cotejo analítico de semelhança, nos termos do que exige o artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, inviabilizando a apreciação do recurso especial. Assim sendo, o recurso especial não merece ser admitido.

2. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO PARCIALMENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRELIMINAR ARGUIDA PELO

Superior Tribunal de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 211 DO STJ. O requisito do prequestionamento não foi preenchido, ensejando o não conhecimento do inconformismo, visto que incidentes os verbetes das Súmulas 282 e 356, ambas, do Supremo Tribunal Federal e 211, do Superior Tribunal de Justiça. Essa c. Corte entende que 'Perquirir nessa via estreita sobre violação de norma, sem que se tenha explicitado a tese jurídica de que ora se controverte, seria frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância' (AgRg no Ag 1143603/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 21/11/2011) 3. RECURSO ESPECIAL DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89, DA LEI N. 8.666/1993. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO E DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. Essa c. Corte entende que o crime tipificado no artigo 89, da Lei nº 8.666/1993, não é de mera conduta, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo ou de dolo específico. Precedentes dessa Corte. Destarte, incensurável, o acórdão atacado no apelo especial, cujo fundamento encontra-se em consonância com o entendimento já pacificado desse Superior Tribunal de Justiça, incidindo na hipótese dos autos a Súmula 83 do STJ. Para verificar a existência ou não de dolo na conduta do recorrente e a ausência de prejuízo ao Erário, faz-se necessário o revolvimento de provas, inadmissível na via especial, atraindo a incidência da Súmula 7 do STJ, conforme ressaltou o Ministério Público em suas contrarrazões. Parecer pela inadmissibilidade do recurso especial, acolhendo-se as preliminares arguidas pelo Ministério Público. No mérito, manifesta-se pelo não conhecimento do recurso, em face da ausência do prequestionamento ou, uma vez conhecido, pelo desprovimento do recurso".

É o relatório.

O recurso merece prosperar.

De fato, com a razão o recorrente quanto à apontada violação ao artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sob a alegação de necessidade da demonstração do dolo específico e do prejuízo ao erário para a condenação pelo crime previsto no aludido dispositivo legal.

Para melhor deslinde da controvérsia, transcreve-se trechos da sentença que tratam da condenação do recorrente pelo delito previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93:

"A materialidade do delito vem demonstrada cabalmente pelos documentos juntados aos autos, no caso Inquérito Civil n. 08/04, bem como pela prova oral colhida em juízo e em especial a confissão do acusado.

Pois o réu ao ser interrogado em juízo não nega as práticas delitivas, apenas tentando fazer crer que foi mal assessorado, desconhecendo as normas aplicáveis aos casos em tela, razão pela qual deve ser absolvido em virtude da excludente da ilicitude prevista no artigo 21 do CP, invocado erro de proibição.

Referida alegação foge totalmente à razoabilidade na medida em que na qualidade de Prefeito não pode invocar erro de proibição, após ter causado inúmeros prejuízos ao erário público, no importe de R\$ 66.280,00, como apurado nos documentos dos autos.

A testemunha da acusação ouvida às fls. 366 confirmou os fatos narrados na denúncia.

Ao passo que a testemunha de defesa, ouvida às fls. 381/389, não

Superior Tribunal de Justiça

favorece em nada o acusado, posto que tenta justificar o injustificável.

Forma-se, destarte, diante de todo o exposto e o mais que dos autos consta um juízo de convicção apto a fundamentar uma decisão condenatória quanto ao crime imputado ao réu, restando afastada a tese da defesa da absolvição, pois não se trata de exclusão ilicitude, restando comprovados todos os fatos narrados na inicial.

Por fim, cumpre salientar que o réu à época dos fatos já possuía péssimos antecedentes". (fl. 650)

O Tribunal de origem, por sua vez, pronunciou-se da seguinte forma sobre a condenação pelo delito previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93:

"Nos crimes previstos na Lei 8.666/93, sobretudo o do artigo 89, o desvalor da ação se esgota no dolo, na finalidade com que atuou o agente, pouco importando o móvel ou a razão da dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses previstas em lei, sendo desnecessária tal análise.

(..)

Incabível, ainda, a alegação de ausência de prova de lesão ao erário público, já que o bem tutelado é a proteção dos interesses da Administração Pública, não só no aspecto material, mas, sobretudo no moral.

Desnecessário, portanto, verificar-se qualquer resultado naturalístico de prejuízo ao erário para a caracterização do delito, já que a contratação direta, como aconteceu no presente caso, com exclusão de prováveis concorrentes, fere o princípio da impessoalidade, restando maculados, ainda, os princípios da legalidade e publicidade ante a não realização de um certame.

Ainda que não exista prova de dano aos cofres públicos, não integrando tal circunstância o tipo penal do art. 89, da Lei 8.666/93, sua inocorrência não seria suficiente para afastar a responsabilidade penal do apelante.

Irrelevante, por isso, saber se o preço pago pelos serviços prestados correspondia, ou não, aos praticados no mercado, já que a tipificação visa coibir a prática de atos atentatórios aos princípios que regem a Administração Pública.

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 apontam a inviabilidade do certame licitatório, circunstâncias não observadas no presente caso.

O delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, ainda, é crime de mera conduta que se consumou no momento em que foram celebrados os contratos sem o indispensável procedimento licitatório.

Tendo contratado, portanto, fora das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, correta a edição do édito de rigor lançado no juízo monocrático". (fls. 754/760)

Dessa forma, constata-se que nem a sentença, tampouco o acórdão recorrido demonstraram a ocorrência de dolo específico de lesar a administração pública, e muito

Superior Tribunal de Justiça

menos a comprovação de efetivo prejuízo sofrido pelos cofres públicos. Saliente-se, ademais, que o "prejuízo ao erário público" no importe de R\$ 66.280,00, a que faz alusão o édito condenatório, trata-se, em verdade, do valor das contratações supostamente irregulares, conforme se verifica às fls. 3/4.

Outrossim, a sentença limitou-se a apontar a existência de dolo genérico, consistente na prática do ato tido por delituoso, por si só. E o aresto recorrido, por sua vez, limitou-se a assentar que seria desnecessária a comprovação do dolo específico, bem como dispensável a efetiva comprovação do prejuízo eventualmente suportado pelo erário público.

Neste contexto, observa-se que o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias vai de encontro ao entendimento jurisprudencial atual deste STJ, no sentido da imprescindibilidade da comprovação do dolo específico e do efetivo prejuízo ao erário para que se configure o delito constante no artigo 89 da Lei de Licitações.

Com efeito, consoante consignei em voto proferido nos autos da Ação Penal 480/MG, prevalecia neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93 é de mera conduta, não se exigindo, portanto, a demonstração do efetivo prejuízo para sua consumação, como tampouco o dolo específico de se lesar o erário.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre muitos, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI 8.666/93. CRIME DE MERA CONDUTA. COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE DE PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DELITO QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. DOLO CONSIGNADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. 1. Segundo a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 ("dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade") é de mera conduta, não se exigindo a constatação de resultado naturalístico (demonstração de efetivo prejuízo para a Administração Pública) para a sua consumação. 2. Concretamente, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do contexto fático-probatória, consignaram a existência de dolo na dispensa das licitações fora das hipóteses legais. 3. Ordem denegada. (HC 159.896/RN, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DA INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. 1. Narrando a denúncia fatos configuradores, em tese, do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93, descabe acolher alegação de atipicidade da conduta em face de inexistência de prejuízo ao erário, sobretudo quando tal situação fática, como bem reconheceu o acórdão

impugnado, não se encontra evidenciada de forma inequívoca nos autos. 2. Refutar os elementos indiciários apresentados pela acusação, para reconhecer que o Paciente não agiu com dolo e não recebeu qualquer vantagem ilícita por inobservar as formalidades pertinentes à dispensa do procedimento licitatório demanda dilação probatória, insuscetível de ser feita na via do *habeas corpus*. O exame da tese defensiva deve ser feito no momento próprio, pelo Juízo ordinário, após necessária instrução criminal contraditória. 3. Ordem denegada. (HC 118.292/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010).

CRIMINAL. RESP. EX-PREFEITO. CONDENAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 89, DA LEI N.º 8.666/93. ABSOLVIÇÃO EM GRAU DE RECURSO, POR AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. CRIME DE MERA CONDUTA. INEXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO OU COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. O tipo penal previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 cuida de crime de mera conduta e sua caracterização independe da existência de dolo específico ou efetiva lesão ao erário, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, nos exatos termos do enunciado. Precedentes. II. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator. (REsp 1185750/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010).

HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89, DA LEI Nº 8.666/93. COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes. 2. Na hipótese, o paciente, no exercício do cargo de Vice-Prefeito, teria firmado, verbalmente, contrato com empresa de terraplanagem, sem a prévia realização de licitação. 3. De se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial. 4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também através de revisão criminal. Chegar-se a conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita. 5. Ordem denegada. (HC 171.152/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 11/10/2010).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 89, CAPUT DA LEI 8.663/93). EX-PREFEITO MUNICIPAL. DOLO COMPROVADO. DESNECESSIDADE DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO PELA DIVERGÊNCIA, MAS DESPROVIDO. 1. Pelo que restou expresso na sentença e no acórdão, não há como afastar o dolo da conduta do ora recorrente, porquanto foi procurar a empresa de transportes oferecendo solução para a contratação sem licitação com o objetivo de não deixar de atender a população durante período eleitoral. A

Superior Tribunal de Justiça

revisão desse entendimento somente poderia ser feita com o amplo reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. 2. O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei. 3. Já decidiu a 3a. Seção desta Corte que o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente a consciência dessa circunstância; isto é não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao erário, por exemplo) (HC 94.720/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18.08.2008 e 113.067/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, Dje 10.11.2008). 4. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido. (REsp 1073676/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 12/04/2010).

Ocorre, porém, que a Corte Especial deste Sodalício, no julgamento da referida Ação Penal originária, 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 seja tipificado o crime previsto no artigo mencionado (artigo 89 da Lei n. 8.666/1993). A ementa do aludido aresto foi redigida nos seguintes termos:

ACÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO.

- 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. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Ação penal improcedente. (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)

A partir deste julgado, ambas as Turmas criminais deste Sodalício passaram a adotar referido posicionamento, conforme se observa dos seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93.

Superior Tribunal de Justiça

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. (...).

3. (...).

5. Recurso especial provido, para absolver o acusado, com amparo no art. 386, III, do Código de Processo Penal (atipicidade material da conduta)".

(REsp 1349442/PI, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 15/04/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da APn 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 n. 8.666/1993.

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp 1283987/TO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2013)

Desse modo, com a ressalva do meu entendimento sobre a questão, adoto a orientação da colenda Corte Especial, para exigir a demonstração do dolo específico e do dano ao erário em hipóteses como a presente. E no caso *sub examen*, nem a sentença condenatória, e nem mesmo o aresto recorrido demonstraram a existência de dolo específico de causar dano ao erário, tampouco a caracterização de eventual prejuízo suportado pela administração pública. Neste contexto, deve ser dado provimento ao presente recurso, em observância ao entendimento firmado pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça .

Por fim, julgo prejudicado as apontadas violações aos artigos 21 do Código Penal e 155 e 381, inciso III, ambos do Código de Processo Penal, bem como o dissídio jurisprudencial, tendo em vista o acolhimento da tese principal do recorrente.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, **dou provimento** ao recurso especial, a fim de reconhecer a afronta ao artigo 89 da Lei nº 8.666/93, e por via de consequência, absolver o acusado pela prática do delito constante no

Superior Tribunal de Justiça

artigo 89 do Estatuto das Licitações, ante a ausência de dolo específico de lesar o erário e de comprovação de efetivo prejuízo à administração pública.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 17 de fevereiro de 2014.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora

