

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.997.471 - SP (2021/0337613-3)

RELATOR : **MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
AGRAVANTE : DARCY DA SILVA VERA
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que, em reconsideração à decisão da presidência, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Suscita a agravante, preliminarmente, violação ao princípio da colegialidade e, no mérito, reedita as teses dispostas nas razões do recurso especial, arguindo a nulidade do julgamento da apelação, uma vez que, além de não ter recebido nenhum alerta ou e-mail de que o feito seria levado a julgamento, não foi intimada via DJe, a despeito dos preceitos do art. 14 da Resolução n. 234/16 do CNJ.

Afirma, ademais, que os pleitos relativos à atipicidade dos delitos previstos nos arts. 1º, I, do Decreto-lei n. 201/1967 e 89 da Lei 8.666/93 não demandam o revolvimento de matéria fática, senão apenas a reavaliação das provas.

Relativamente à dosimetria das penas, afirma que não há de se falar em prejuízo aos cofres públicos, pois "o dinheiro foi devolvido ao Ministério do Turismo, não havendo qualquer prejuízo àquele órgão que pudesse servir de parâmetro para a majoração da pena"; e, ainda, que, "se o Tribunal (de origem) – tal qual o n. Ministro relator – considera que o elevado prejuízo foi suportado pela Municipalidade, obrigada a devolver o dinheiro ao ente Federal, se está diante de processo absolutamente nulo, pois, o órgão lesado seria efetivamente o Município, a justificar a atuação da Justiça Estadual e não da Justiça Federal" (fl. 5.209).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente recurso à apreciação da Turma competente.

O Ministério Público Federal apresentou impugnação, manifestando-se pelo improvimento do agravo regimental (fl. 5.221).

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.997.471 - SP (2021/0337613-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — Busca a defesa a anulação do julgamento da apelação, por ausência de intimação, bem como a absolvição da agravante por atipicidade das condutas e, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Ausente a apontada violação do princípio da colegialidade, porquanto o julgamento monocrático encontra previsão no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, permitindo, ao relator, negar provimento a recurso contrário à jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XVIII, b, do RISTJ), além da possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

Relativamente à arguição de nulidade do julgamento da apelação, diversamente do que alega a agravante, a Corte local expressamente detalhou que "houve a devida intimação da inclusão do feito em pauta para julgamento na sessão de 29.04.2021, conforme certificado nos autos (ID 155539482)". Confira-se o seguinte excerto da decisão agravada (fl. 5182):

O Tribunal local, no julgamento dos embargos de declaração, afastou a suscitada nulidade por ausência de intimação da defesa da sessão de julgamento da apelação, sob os seguintes fundamentos (fl. 5045):

A defesa técnica da embargante alega não ter sido intimada da inclusão do feito em pauta por meio do Diário da Justiça Eletrônico (DJe). Contudo, tratando-se de feito que tramita de forma eletrônica, as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico, nos termos da Lei nº 11.419/2006.

No caso, houve a devida intimação da inclusão do feito em pauta para julgamento na sessão de 29.04.2021, conforme certificado nos autos (ID 155539482).

Sobre a validade da intimação por meio eletrônico, nos termos da Lei nº 11.419/2006, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Ao contrário do que sustenta a defesa, e em harmonia com o acórdão recorrido, firmou-se nessa Corte Superior o entendimento de que havendo intimação por via eletrônica, é desnecessária a intimação publicada no Diário de Justiça. Confira-se:

[...]

Nesse ponto, e como já se destacou na decisão agravada, nos moldes da jurisprudência desta Corte, havendo intimação por via eletrônica, é desnecessária a intimação publicada no Diário de Justiça.

Ainda inconformada, alega a agravante que nem sequer eletronicamente foi intimada, argumento que não foi previamente analisado pelas instâncias de origem sob esse específico enfoque, esbarrando, portanto, no óbice da ausência de prequestionamento.

Quanto à pretensão relacionada à atipicidade dos delitos previstos no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67 e — à época dos fatos — no art. 89 da Lei 8.666/93, é de transcrever-se os seguintes trechos do acórdão recorrido (fls. 5002/5009):

Superior Tribunal de Justiça

Dos crimes previstos no Decreto-lei nº 201/67

No período de 2009 a 2012, a acusada era prefeita do município de Ribeirão Preto (SP). Em 2 de junho de 2010, celebrou um convênio com o Ministério do Turismo (MTur nº 0569/2010 – SICONV 736454/2010) para a promoção e divulgação do município como destino turístico no mercado nacional (ID 152253992, p. 25/27).

O convênio tinha como objeto o repasse de recursos federais para a realização da campanha publicitária “Visite Ribeirão e apaixone-se”, a ser executada pela Prefeitura Municipal durante o evento automobilístico Corrida Stock Car, que ocorreria entre os dias 4 e 6 de junho de 2010, no valor global de R\$ 2.222.223,00 (dois milhões, duzentos e vinte e dois mil duzentos e vinte e três reais), sendo R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) o repasse dos recursos federais e R\$ 222.223,00 (duzentos e vinte e dois mil duzentos e vinte e três reais) a contrapartida do município.

O repasse da verba federal ao município, no entanto, deu-se somente em 10 de novembro de 2011, e foi integralmente repassado à Confederação Brasileira de Automobilismo (CBA) no dia seguinte (11.11.2011).

Esse repasse se deu em razão da sub-rogação da execução integral do objeto do convênio à CBA, que havia sido celebrada entre esta última e a Prefeitura de Ribeirão Preto mediante o Termo de Convênio nº 019/2010, em 21.05.2010.

A CBA, por sua vez, sub-rogou a execução do objeto do convênio à empresa Vicar Promoções Desportivas S/A, com quem mantinha um contrato de cessão de direitos de marketing, promoção, merchandising e outros, desde 2008.

Na etapa de prestação de contas das verbas públicas aplicadas, a Prefeitura do Município de Ribeirão Preto, para comprovar as despesas relacionadas à execução do convênio, apresentou ao Ministério do Turismo recibos de pagamento emitidos pela empresa Vicar e pela CBA que foram considerados inválidos (ID 152253992, p. 144/148).

A prestação de contas foi reprovada pelo Ministério do Turismo, que glosou o valor do convênio e determinou o ressarcimento aos cofres públicos do valor de R\$ 2.349.160,29 (dois milhões, trezentos e quarenta e nove mil cento e sessenta reais e vinte e nove centavos), em 24 parcelas (ID 152253992, p. 163).

Isso porque foi constatado pelo Parecer Técnico de Análise Complementar de Prestação de Contas nº 31/2013 (ID 152253992, p. 150/151) que o convênio não fora executado em sua totalidade, de acordo com as metas e ações previstas no plano de trabalho. Além disso, as verbas públicas correspondentes ao saldo remanescente da contrapartida, que deveriam ter sido devolvidas à União no final de vigência do convênio (15.12.2011), somente foram devolvidas em 17.05.2012 (fls. 705 do anexo III).

Quanto ao crime tipificado no art. 1º, III, do Decreto-lei nº 201/67 (aplicação indevida de verbas públicas), o juízo a quo absolveu a acusada da imputação por considerar não demonstrada a presença do elemento subjetivo do tipo, diante das circunstâncias do caso, tendo em vista que a quantia remanescente da contrapartida era de pequena monta (R\$ 25.386,90) e foi devolvida imediatamente após a constatação da existência do saldo.

De igual modo, no que tange ao delito do art. 1º, IV, do Decreto-lei nº 201/67 (empregar recursos em desacordo com o plano de trabalho a que se destinam), não ficou evidenciada a presença do dolo, pois não seria razoável exigir da ré que efetivasse as medições do camarote para aferir a correta dimensão do espaço.

Superior Tribunal de Justiça

Por outro lado, no que se refere ao delito descrito no inciso I do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67 (apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio), a materialidade delitiva está devidamente comprovada pelos documentos constantes do Procedimento Investigatório Criminal – PIC nº 1.34.010.001074/2015-03 (apensos 3 a 18), e a autoria está demonstrada pela prova oral produzida durante a instrução processual (ID 14960902).

Em juízo, foram ouvidas três testemunhas - Marco Antônio dos Santos (ID 149764134), Rubens Portugal Bacellar e Cleyton Tadeu Correia Pinteiro (ID 149764148) - e interrogada a ré (ID 149764136).

[...]

Pois bem. Para se eximir da responsabilidade pela prática do delito, a acusada disse que o acompanhamento da execução do convênio coube às secretarias envolvidas.

No entanto, ao contrário do que argumenta a defesa, a prova oral produzida é suficiente para formar o juízo de certeza necessário à condenação.

Com efeito, o desvio de verbas públicas por parte da prefeita de Ribeirão Preto ficou constatado pelas ilegalidades perpetradas na sub-rogação do objeto do convênio realizado com o Ministério do Turismo, que previa que a responsabilidade pela campanha publicitária do município como destino turístico no evento automobilístico era da Prefeitura.

Assim, não procede o argumento de que o repasse das verbas federais à CBA deveria necessariamente ocorrer, já que a montagem da estrutura do evento por parte da Vicar (empresa contratada pela CBA) não se confunde com o objeto do convênio celebrado com o Ministério do Turismo. A propósito, transcrevo a seguinte passagem da sentença:

[...]

Sobre o elemento subjetivo do tipo, a mera alegação de desconhecimento da ilicitude da conduta praticada não é suficiente para afastar o dolo, sendo necessário perquirir se as circunstâncias fáticas coadunam-se com a versão apresentada, cabendo à defesa o ônus de provar suas afirmações (CPP, art. 156).

No caso, não há como acolher a tese da defesa de que DARCY apenas assinava os contratos firmados pela Prefeitura e os documentos relacionados, sem se certificar da regularidade na sua execução e repasse, uma vez que delegava essa atribuição às respectivas secretarias municipais. **O convênio firmado com o Ministério do Turismo era claro em relação ao seu objeto, inclusive no tocante à impossibilidade de “terceirização” da publicidade do evento automobilístico, motivo pelo qual não lhe socorre o argumento de que não poderia realizar as corridas Stock Car no município sem repassar a verba federal à CBA e à Vicar.** Nesse sentido, destaco o seguinte trecho do parecer da Procuradoria Regional da República (ID 152253886, p. 272 e 287):

O dolo, por sua vez, é extraído das circunstâncias fáticas em que se deram a assinatura e execução do MTur nº 0569/2010, uma vez que DARCY DA SILVA VERA já havia assinado, em data anterior - 21/05/2010, o Termo de Convênio nº 019/2010 (fls. 468/473 do Anexo II), com a CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE AUTOMOBILISMO (CBA), através do qual estava prevista a contratação da CBA para promover os serviços de publicidade do evento. A sub-rogação do objeto do convênio a ser firmado com o Ministério do Turismo já estava, pois, definida, quando foi apresentada ao Ministério do Turismo, a Proposta SICONV

Superior Tribunal de Justiça

nº 043201/2010, contendo falsa Declaração de Capacidade Técnica Gerencial, através da qual a apelante declarou que a "Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, possui equipe apta a desenvolver o projeto referente à Proposta SICONV nº 043201/2010".

[...]

Como se vê, a apelante celebrou convênio com a Confederação Brasileira de Automobilismo (CBA), a qual sabidamente não tinha direitos para realização do evento que se comprometia a realizar. Após, celebrou convênio com o Ministério do Turismo, sem informar o ente concedente de que a CBA receberia os valores. Fez ainda mais: ao declarar de forma expressa, que possuía capacidade técnica para a consecução do seu objeto, induziu em erro as autoridades do Ministério do Turismo. Não se pode olvidar que a ex-prefeita DARCY DA SILVA VERA determinou pessoalmente ao Secretário Municipal de Turismo que o Convênio nº 019/2010 fosse celebrado com a CBA (fl. 3 do Apenso 2).

Portanto, havendo provas suficientes da materialidade, da autoria e do dolo, mantenho a condenação de DARCY DA SILVA VERA pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/1967.

Do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93

A materialidade está comprovada pelos documentos apresentados pelo Ministério do Turismo e pela Controladoria-Geral da União, que constataram que a acusada havia celebrado contrato de publicidade com a CBA fora das hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93, sem prévio procedimento de licitação, incidindo no crime previsto no art. 89 dessa lei.

Com efeito, o Convênio nº 0569/2010 (SICONV 736454/2010), firmado com o Ministério do Turismo, previa que a Prefeitura deveria observar, quando da sua execução, as disposições da Lei nº 8.666/93, especialmente em relação a licitações e contratos, bem como "observar o disposto no art. 26, da Lei nº 8.666/93, atualizada, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas, respectivamente nos arts. 24 e 25 da referida Lei, devendo a homologação ser procedida pela instância máxima de deliberação do ente público, sob pena de nulidade" (fls. 577/585 do anexo III).

A autoria, por sua vez, está suficientemente demonstrada pelo conjunto probatório produzido durante a instrução processual. Na qualidade de prefeita de Ribeirão Preto, DARCY assinou o convênio com o Ministério do Turismo que previa expressamente a promoção da publicidade pela própria Prefeitura, e não a contratação de empresa terceirizada para esse fim. Além disso, desrespeitou o que prevê a parte final do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que veda a dispensa de licitação para serviços de publicidade e divulgação.

Quanto ao **dolo**, também está devidamente demonstrado. Na qualidade de administradora pública, era de conhecimento da acusada que deveria cumprir as condições estabelecidas no convênio, sob pena de flagrante violação aos seus termos.

É importante ressaltar que, para a configuração do elemento subjetivo do crime descrito no art. 89 da Lei de Licitações, é necessário dolo específico, consistente na demonstração da vontade do sujeito ativo de causar dano ao erário e de promover efetivo prejuízo à administração pública, sob pena de ser a conduta considerada atípica. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,

Superior Tribunal de Justiça

conforme se verifica, a título exemplificativo:

[...]

No caso, está devidamente demonstrado, pelas circunstâncias descritas nos autos, que a acusada agiu com dolo específico de causar dano ao erário ao dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 25, II, in fine, da Lei nº 8.666/93). Com efeito, ao deixar de informar ao Ministério do Turismo que já havia celebrado com a CBA o Convênio nº 019/2010, seu propósito era o de repassar integralmente a verba do ente federal, causando dano ao erário municipal. Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho da sentença (ID 152253886, p. 117):

A intenção de causar dano ao erário decorre das próprias circunstâncias em que praticado o delito. **A ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, por sua vez, caracteriza-se pela ausência de oportunidade de obter melhor preço e/ou técnica, bem como pelo montante das verbas públicas desviadas em favorecimento à CBA e, posteriormente, desembolsadas pelo Município de Ribeirão Preto-SP para restituição ao órgão concedente (fls. 335/338).**

No mais, a ocorrência da lesão ao erário é inconteste na medida em que a Prefeitura foi obrigada a devolver os valores repassados pelo Ministério do Turismo.

Extraí-se dos excertos acima transcritos que, quanto à presença do dolo específico exigível ao tipo penal previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, as instâncias ordinárias limitaram-se a acentuar que a sua configuração estava adstrita à mera intenção do agente em causar dano ao erário, o que teria se concretizado "ao deixar [a acusada] de informar ao Ministério do Turismo que já havia celebrado com a CBA o Convênio nº 019/2010", cujo "propósito era o de repassar integralmente a verba do ente federal, causando dano ao erário municipal".

Esse, contudo, não é o entendimento desta Corte, consolidado no sentido 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, além da presença do dolo específico de causar dano ao erário, o efetivo prejuízo à Administração Pública.

No caso, deixaram as instâncias ordinárias de fazer menção à ocorrência efetiva de dano ao erário, tendo em vista que a mera restituição do repasse federal ao Ministério do Turismo não evidencia prejuízo, à União ou aos cofres do Município, que, repita-se, apenas fez a devolução de valores que havia recebido da União, sem que efetivamente houvesse abalo patrimonial ao erário, federal ou municipal.

O entendimento adotado pela origem, portanto, não guarda similaridade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que se alinhou à orientação do Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do Inq. 2.482/MG, no sentido de que para a ocorrência do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais é imprescindível a demonstração de efetivo prejuízo ao erário. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO

ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 669.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdf), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 14/2/2022.)

HABEAS CORPUS. ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O trancamento do processo-crime pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

2. A controvérsia posta na impetração prescinde de profunda incursão probatória, demandando, tão somente, a apreciação da denúncia, uma vez que já assentado no Superior Tribunal de Justiça que, no caso do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 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.

Exige-se, ainda, a demonstração do prejuízo ao ente público.

3. Da leitura da denúncia ofertada, percebe-se claramente que o órgão acusatório não apontou o elemento subjetivo especial na conduta do Paciente e nem o prejuízo econômico efetivo ao ente público municipal.

Superior Tribunal de Justiça

4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor do Paciente, por inépcia da denúncia.

(HC n. 557.632/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 24/8/2021.)

No mesmo sentido, entende esta Corte 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 pelo delito previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967". (AgRg no AREsp 1957990/GO, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022).

No caso do crime de responsabilidade imputado à Prefeita, nos termos do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67, a origem nem sequer fez menção a nenhuma espécie de prejuízo ao erário, de modo que, mais uma vez, impõe-se a solução absolutória.

Assim postos os fatos — não evidenciado o efetivo prejuízo ao erário —, dou parcial provimento ao agravo regimental para absolver a agravante dos crimes previstos nos arts. 1º, I, do Decreto-lei 201/67 e 89 da Lei 8.666/93 (art. 386, VII - CPP).

É o voto.

