

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. CRIME NÃO CONFIGURADO.**

*Gina Copola*

1. Ementa do *recentíssimo* v. acórdão proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus nº **490.195-PB**, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 3 de setembro de 2019:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. CRIMES DE RESPONSABILIDADE (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67). OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. TRANSCURSO DE PRAZO SUPERIOR A 4 ANOS ENTRE A DATA DOS FATOS (2002) E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (17/10/2007). CRIMES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ABSOLUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Os crimes de responsabilidade (art. 1º, I, do Decreto n. 201/67) praticados pelo paciente encontram-se prescritos, tendo em vista o transcurso de prazo superior a 4 anos (art. 109, V, do Código Penal – CP) entre a data dos fatos (2002) e a do recebimento da denúncia (17/10/2007).

3. O acórdão impugnado está contrário ao entendimento desta Corte de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93, é indispensável a comprovação de prejuízo à Administração Pública, não evidenciado no caso concreto. Nesse sentido: RHC 90.930/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 1/8/2018.

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para declarar a prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos de responsabilidade (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67); e absolver o paciente quanto aos delitos dos arts. 89 da Lei n. 8.666/93, ficando prejudicada, conseqüentemente, a análise do pedido de suspensão da execução provisória da pena.

## 2. Comentários ao v. acórdão:

Consta do v. acórdão ora comentado que para a configuração do crime previsto no art. 89, da Lei federal nº 8.666/93, *é imprescindível a comprovação do efetivo prejuízo ao erário.*

E o caso do v. acórdão é de aquisição de produtos e serviços, de forma direta, sem a realização de licitação ou a formalização de procedimento de dispensa, totalizando R\$ 180.181,18 (cento e oitenta mil, cento e oitenta e um reais e dezoito centavos), sendo que tal valor se refere a várias aquisições de produtos e serviços diversos, tendo sido alegado, pelo autor da ação, um fracionamento indevido.

Lê-se do v. acórdão do e. STJ que ora se comenta, e joga pá de cal sobre qualquer dúvida sobre a necessária existência do dolo específico:

Assim, embora se reconheça a realização de compras sem processo licitatório, em momento algum se fez alusão a dolo específico do paciente nem mesmo prejuízo à administração.

A fundamentação apresentada na origem, portanto, está contrária ao entendimento desta Corte, acima mencionado, de que a comprovação de efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos é imprescindível à configuração do delito do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para declarar a prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos de responsabilidade (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67); e absolver o paciente quanto aos delitos dos arts. 89 da Lei n. 8.666/93, ficando prejudicada, conseqüentemente, a análise do pedido de suspensão da execução provisória da pena.

O v. acórdão cita precedente que é o v. acórdão do mesmo e. STJ, proferido no RHC nº **90.930/MG**, relator Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 26/6/2018, com a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE NÃO DESCREVE O LIAME ENTRE O CARGO OCUPADO PELO RECORRENTE E OS CRIMES NARRADOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DO ACUSADO E DOS PREJUÍZOS AO ERÁRIO DECORRENTES DA CONDUTA QUE LHE FOI ASSESTADA. PEÇA VESTIBULAR QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA CARACTERIZADA.

1. O devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao acusado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.
2. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública.
3. No caso dos autos, verifica-se que o Ministério Público cingiu-se a afirmar que o recorrente teria efetuado contratações sem licitação e promovido dispensas indevidas em benefício das empresas do corrêu, deixando de demonstrar o liame entre o seu cargo de Prefeito e os fatos praticados, bem como o seu dolo específico e os prejuízos que sua conduta teria causado ao erário.
4. Não havendo na peça vestibular qualquer menção à ocorrência de danos aos cofres públicos em razão da fraude à licitação imputada ao acusado, constata-se a inaptidão da exordial contra ele ofertada. Precedentes.
5. Com o reconhecimento da inépcia da peça vestibular em tela, resta prejudicado o exame da alegada falta de justa causa para a persecução penal.
6. Recurso parcialmente provido para declarar a inépcia da denúncia oferecida nos autos da Ação Penal n. Ação Penal n. 0313.09.297.052-1.

Com todo efeito, para a configuração do crime previsto no art. 89, da Lei federal nº 8.666/93, é de império a ocorrência do **dolo específico de causar dano ao erário**, conforme já decidiu esse egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº **1502501**, relator Ministro GURGEL DE FARIA, publicado no *DJe* 16/11/2015, que contém o seguinte excerto:

“No recurso especial, o recorrente aponta violação ao art. 25 da Lei n. 8.8666/1993, uma vez que a empresa contratada preenchia todos os requisitos necessários

para a contratação por inexigibilidade de licitação. Alega, ainda, violação ao art. 8º da Lei de Licitações, tendo em vista a necessidade de comprovação do efetivo prejuízo ao erário para caracterização do crime em questão. (...)

No tocante à necessidade de concretização do prejuízo ao erário para configuração do crime previsto no art. 8º da Lei n. 8666/1993, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido no julgamento do Inquérito 2.482/MG, em 15/09/2011, firmou orientação de que, **para a consumação do crime previsto no art. 8º da Lei n. 8.666/1993, mister se faz a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.** (...)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO para cassar a sentença condenatória e o acórdão que a manteve, a fim de absolver o recorrente da imputação do crime previsto no art. 8º da Lei n. 8.666/93." (Negritamos)

O crime previsto no art. 8º, da Lei federal nº 8.666/93 não é **crime de mera conduta**, e, portanto, exige o resultado danoso para sua configuração.

É o que se lê do r. acórdão proferido nos autos da APN nº 323/CE, rel. Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgada em 5/10/2005, **que por unanimidade rejeitou denúncia criminal** nos seguintes termos:

"1 – O entendimento pretoriano é no sentido de que a falta de observância das formalidades à dispensa ou à inexigibilidade do procedimento licitatório de que trata o art. 8º da Lei nº 8.666/93, apenas será punível "quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente". Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes, mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante.



2 – O julgamento pelo Tribunal de Contas, atestando a regularidade do procedimento do administrador, em relação ao orçamento da entidade por ele dirigida, ou seja, a adequação à lei das contas prestadas, sob o exclusivo prisma do art. 89 da Lei 8.666, é, em princípio, excludente da justa causa para a ação penal (...)

3 – Denúncia rejeitada.”

E o r. acórdão versa sobre várias contratações realizadas pelo réu sem a observância de formalidades legais.

Ainda no mesmo diapasão, o e. STJ, nos autos da APN nº **281-RR**, rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, julgado em 6/4/2005, por unanimidade rejeitou a denúncia criminal formulada, vez que ausentes o dolo, e os requisitos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89, da Lei nº 8.666/93, como o efetivo prejuízo ao erário.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, na APN nº **480/MG**, relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, julgado em 29/03/2012, julgou improcedente a denúncia, com a seguinte ementa para decidir de forma irretorquível que para a configuração do crime previsto no art. 89, da Lei federal nº 8.666/93 é imprescindível a existência do dolo e do efetivo prejuízo ao erário.

“AÇÃO 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.”

O r. acórdão cita precedentes convergentes e no mesmo sentido, e que merecem ser compulsados.

Ainda na mesma esteira decidiu esse e. STJ, em sede de **APN nº 214-SP**, relator Ministro LUIZ FUX, Corte Especial, julgado em 7/5/2008, que por unanimidade declarou improcedente a denúncia formulada vez que ausentes o dolo e o prejuízo ao erário.

E esse também é o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, proferido no Inquérito nº **2482/MG**, rel. Ministro AYRES BRITTO, Plenário, julgado em 15/9/2011, com a seguinte ementa:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL. CRIMES DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93). AUDIÇÃO PRÉVIA DO ADMINISTRADOR À PROCURADORIA JURÍDICA, QUE ASSENTOU A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO. ART. 395, INCISO III, DO CPP. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. (...)

2. O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do 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”*) atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação.

3. *In casu*, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e

grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso *sub judice*, tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas *intuitu personae*, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93.

4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal.” (destaques e grifos originais)

O r. acórdão citado cuida da contratação sem licitação de artista com inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, inc. III, da Lei federal nº 8.666/93, sendo que a contratação foi precedida de parecer jurídico que a fundamentava, **motivo pelo qual salta aos olhos a ausência de dolo**, o que afasta o tipo penal previsto no art. 89, da Lei federal nº 8.666/93.

E ainda no mesmo diapasão, decidiu esse e. Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Penal nº 527-PR, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Plenário, julgado em 16/12/2010, com a seguinte ementa:

**“Ação Penal. Ex-Prefeito municipal. Atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses prevista em lei (Art. 89, da Lei nº 8.666/93). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal. (...)**

2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida 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 de afastamento indevido da licitação.” (negritos originais)

Mais uma vez, portanto, o e. STF exigiu o elemento volitivo do dolo para a configuração do crime previsto no art. 89, da Lei federal nº 8.666/93.

E a doutrina pátria é no mesmo sentido da vasta jurisprudência superior.

É o que se lê das preciosas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO. Vejamos: “Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação direta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed. Dialética, SP, 2.010, p. 903).

E MARÇAL JUSTEN FILHO cita jurisprudência desse mesmo e. STJ no mesmo exato sentido. Vejamos:

“Conforme entendimento adotado por esta Corte, a dispensa de licitação fora dos casos previstos em lei só é punível quando a conduta acarretar prejuízo ao erário público. Precedentes do STJ”. (HC nº 95.103/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 6.05.2008, DJe de 9.06.2008)

“O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário”. (APN nº 375, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05.04.2006, DJ de 24.04.2006)

“Processo Penal – Rejeição da Denúncia – Dispensa de Licitação (art. 89, Lei 8.666/93).

1. O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso.



2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.

3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.

4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasiona dano ao erário. " (APN nº 261, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 2.03.2005, DJ de 5.12.2005). (...)

"Serviços de advocacia (contratação). Licitação (dispensa). Falta de tipicidade (caso). Habeas corpus (cabimento). Extinção da ação penal (possibilidade).

1. É possível, no caso, reconhecer, desde logo, a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que evidente a atipicidade do fato. Tendo a denúncia reconhecido o êxito do Município com a atuação profissional do paciente e não havendo prejuízo para o erário – bem jurídico primeiro e mais importante tutelado pelo art. 89 da Lei das Licitações -, não há falar em tipicidade..." (HC nº 52.942,6ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. em 19.09.2006, DJ de 7.05.2007)."