RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.562 - SP (2019/0005139-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	ADRIANO CESAR DIAS
ADVOGADOS	:	MARCELO AUGUSTO CUSTÓDIO ERBELLA - SP130825
		CLAUDIO JOSE LANGROIVA PEREIRA - SP212004
		GLAUCO DE MELO MACEDO - SP334819
		DHYELSON ALMEIDA DA SILVA - SP358694

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. INEXIGIBILIDADE IRREGULAR DE LICITAÇÃO. CARTA DE EXCLUSIVIDADE ESPECÍFICA PARA DETERMINADO EVENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO MUNICÍPIO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA N.º 283/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa (*Habeas Corpus* n.º 2223847-23.2017.8.26.0000).

Consta nos autos que, em 02/02/2017, o Juízo da Vara Única da Comarca de Cananéia/SP recebeu denúncia na qual se imputava aos Recorridos a prática do delito previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 (fl. 247).

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal estadual, cuja ordem foi concedida para "*trancar a ação penal em relação ao paciente ADRIANO CESAR DIAS, e estendendo, de oficio, a ordem aos corréus FERNANDO OLIVEIRA SILVA, VICTOR HUGO DE LIMA e CESAR AUGUSTO BILEZIKDJIAN, relativamente ao processo de número 0000219-28.2015.8.26.0118 em trâmite pela comarca de Cananéia*" (fls. 431-432).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 467-472).

Nas razões do recurso especial, o *Parquet* aponta ofensa ao art. 89, c.c. o art. art. 25, inciso III, ambos da Lei n.º 8.666/93. Nesse aspecto, argumenta que o procedimento de inexigibilidade de licitação realizado no caso foi irregular, de modo que,

"*ao decidir que a mera 'carta de exclusividade', ainda que específica e tão somente para determinado evento, seria suficiente para caracterizar a hipótese de inexigibilidade do art. 25, III, Lei 8666/93, o v. acórdão contrariou e negou vigência ao referido dispositivo de lei federal*" (fl. 498).

Alega, ainda, que o entendimento adotado no acórdão recorrido divergiu da compreensão adotada pelo Tribunal Regional Federal da 5.ª Região no julgamento da Apelação n.º 0000109-26.2012.4.05.8501, ocasião na qual aquela Corte federal concluiu que "*não basta mera carta de exclusividade 'específica para a festa' para caracterização da hipótese de inexigibilidade do art. 25, III, da Lei 8666/93*" (fl. 506).

Contrarrazões às fls. 519-539.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral Marcelo Muscogliati, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 586-594).

É o relatório. Decido.

Conforme se extrai dos autos, os Recorridos foram denunciados como incursos no art. 89 da Lei n.º 8.666./1993, nos seguintes termos (fl. 23):

> "*Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 25 de julho de 2011, em horário desconhecido, na sede da Prefeitura Municipal da Estância Turística de Cananéia, ADRIANO CÉSAR DIAS, FERNANDO OLIVEIRA SILVA, VICTOR HUGO DE LIMA e CESAR AUGUSTO BILEZIKDJIAN, qualificados às fls. 04 dos autos, previamente ajustados e com unidade de propósitos, inexigiram licitação fora das hipóteses previstas em lei, em benefício da sociedade empresária SOM DA ILHA COMÉRCIO E PRODUÇÕES LTDA, contratada pelo valor de R$ 164.250,00 (cento e sessenta e quatro mil reais), em prejuízo do erário municipal*" (Fl. 23).

Contudo, a Corte estadual concedeu ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal, sob os fundamentos de que: a) foi legítima a inexigibilidade de licitação no caso em apreço, não havendo "*qualquer prova produzida ou a produzir de falsidade no procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação*"; e b) não houve "*qualquer prejuízo ao município de Cananéia*" (fl. 431).

Nas razões do recurso especial, o Recorrente limita-se a atacar o primeiro dos fundamentos do acórdão, deixando de contestar a afirmação de que não houve prejuízo ao ente municipal. Dessa forma, aplica-se ao caso, analogicamente, o disposta na

Súmula n.º 283/STF: "*É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*".

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é delito cuja configuração exige a demonstração de prejuízo material concreto ao erário. Desse modo, a inexistência de prejuízo efetivo, conforme assentado pela instância ordinária, é fundamento suficiente para a manutenção do acórdão estadual. Nesse sentido, confira-se:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.* ***PREFEITO MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO*** *E DO DOLO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência dominante deste Superior Tribunal orienta que "***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 n. 480/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012).*
>
> *2. No caso, o Tribunal de origem consignou que não existiriam provas que evidenciariam o prejuízo ao erário, tampouco o dolo em lesar o patrimônio público. Assim, dúvidas não há de que o acórdão recorrido está em plena harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.*
>
> *3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1.104.577/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe de 02/10/2017.)

> "*RECURSO EM* HABEAS CORPUS. ***DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO.*** *AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA.*
>
> *1. Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de*

indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

2. A denúncia oferecida pelo Parquet estadual destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que se orienta no sentido de que a demonstração do dolo específico, ou seja, da intenção de causar dano aos cofres públicos, é imprescindível para a configuração do delito descrito no artigo 89, parágrafo único da Lei n. 8.666/93. Precedentes.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inaugurada com o julgamento da APn 480/MG pela Corte Especial, firmou o entendimento de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93, deve-se demonstrar, ao menos em tese, o dolo específico de causar dano ao erário bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta. Precedentes.

4. No caso em análise, considerando que não demonstrado na denúncia o dolo específico de causar prejuízo ao erário e tampouco indicada a intenção de superfaturamento na venda dos resíduos de calcário, a inépcia da peça inaugural é aferível a um primeiro contato, sem demandar esforço interpretativo. Nessa esteira, configurada flagrante ilegalidade que justifica o trancamento da ação penal.

[...]" (RHC 87.389/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe de 06/10/2017, sem grifos no original.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora