



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

APE 235 - PB (0000011-96.2013.4.05.0000)

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO
ADV/PROC : SOLON HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES E OUTROS
RÉU : DINALDO MEDEIROS WANDERLEY
ADV/PROC : JOSÉ MARCÍLIO BATISTA
RÉU : HERMANO MEDEIROS WANDERLEY
ADV/PROC : JOSÉ MARCÍLIO BATISTA E OUTRO
RÉU : DECZON FARIAS DA CUNHA
ADV/PROC : ROUGGER XAVIER GUERRA JUNIOR
ORIGEM : JUÍZO DA 14ª VARA/PB
RELATOR : **DES. FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DO DOLO ESPECÍFICO. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO QUE SE ENTENDE COMO ELEMENTAR DO CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL DO STJ. ENTENDIMENTO PRETORIANO QUE TORNA NECESSÁRIA, ADEMAIS, A SINDICÂNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO CONSISTENTE NA VONTADE DELIBERADA DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO. ELEMENTARES QUE NÃO FORAM DEMONSTRADAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ANULAÇÃO DA AÇÃO PENAL DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

1. Trata-se de denúncia ofertada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra N.W.N.F., ex-Prefeito do Município de Patos/PB, D.M.W., atual Prefeito do Município de Patos/PB, H.M.W., então Presidente da Comissão Permanente de Licitação, e D.F.C. (administrador da empresa Transamérica), pela configuração, em tese, do delito tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93 (dispensa ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei).

2. A exordial acusatória narra que os denunciados dispensaram procedimento licitatório fora das hipóteses previstas na Lei nº 8.666/93, desrespeitando as formalidades nela estabelecidas, na execução do objeto do Convênio nº 1263/2002 firmado entre a Prefeitura do Município de Patos/PB e a FUNASA – Fundação Nacional de Saúde.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

3. A peça inaugural foi apresentada perante esta Corte Regional em razão do foro por prerrogativa de função de N.W.N.F., então Prefeito do Município de Patos/PB. Com o fim do mandato, os autos foram encaminhados ao juízo de primeiro grau, onde proferida a decisão de recebimento da denúncia e iniciada a fase de instrução, após o que, noticiado o exercício do mandato de Deputado Estadual pelos denunciados N.W.N.F. e D.M.W. (atual Prefeito do Município de Patos/PB), retornaram os autos a este Regional Federal. Da instrução processual, inquiridas todas as testemunhas arroladas pelo MPF, ainda restava a oitiva de duas testemunhas arroladas pela defesa D.M.W. e H.M.W., além de duas testemunhas arroladas por D.F.C.

4. Nos autos do HC n.º 354.083/PB (paciente N.W.N.F.) e HC n.º 412.231/PB (pacientes D.M.W. e H.M.W.), a 5ª Turma do STJ proferiu acórdão não conhecendo do pedido de trancamento da ação penal, dada a necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, inviável naquela via. No entanto, concedeu a ordem de ofício para, em relação aos pacientes, anular a presente ação penal desde o oferecimento da denúncia, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória, pontuando que: “(...) *A exordial acusatória não atendeu plenamente os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, notadamente no que se refere à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, pois não denota o prejuízo econômico decorrente da dispensa indevida da licitação, faltando, nos termos da jurisprudência que atualmente predomina, ressalvado o entendimento do relator, a descrição do especial fim de agir do art. 89 da Lei n. 8.666/93, qual seja, o intuito deliberado de causar prejuízo ao erário, se revelando, portanto, inepta (...)*”. (STJ, 5ª T., HC 354.083/PB, rel. Min. Felix Fischer, j. 27/09/16)

5. Na hipótese dos autos, de fato, a exordial acusatória não foi capaz de indicar o prejuízo ao erário (elemento objetivo em conformidade com a atual jurisprudência do STJ) nem o dolo específico consequencial dos réus em lesar o patrimônio público ao contratar diretamente os fornecedores dos produtos/serviços adquiridos.

6. Ação Penal anulada, desde o oferecimento da denúncia, quanto a N.W.N.F., D.M.W. e H.M.W., extensivamente ao denunciado D.F.C., sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória estribada nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, e na jurisprudência predominante acerca da exigência de especial fim de agir para o crime do art. 89 da Lei 8.666/93.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas,

DECIDE o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, ANULAR a presente ação penal, desde o oferecimento da denúncia quanto a NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, DINALDO MEDEIROS WANDERLEY e HERMANO MEDEIROS WANDERLEY, extensivamente ao denunciado DECZON FARIAS DA CUNHA, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 24 de janeiro de 2018 (data de julgamento).

PAULO MACHADO CORDEIRO
Desembargador Federal Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

APE 235 - PB

RELATÓRIO

**DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO
CORDEIRO (RELATOR):**

Trata-se de denúncia ofertada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, ex-Prefeito do Município de Patos/PB, DINALDO MEDEIROS WANDERLEY, atual Prefeito do Município de Patos/PB (v. consulta TSE anexa), HERMANO MEDEIROS WANDERLEY (então Presidente da Comissão Permanente de Licitação) e DECZON FARIAS DA CUNHA (administrador da empresa Transamérica), pela configuração, em tese, do delito tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93, assim redigido:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

A exordial acusatória narra que os denunciados dispensaram procedimento licitatório fora das hipóteses previstas na Lei n.º 8.666/93, desrespeitando as formalidades nela estabelecidas, na execução do objeto do Convênio n.º 1263/2002 firmado entre a Prefeitura do Município de Patos/PB e a FUNASA – Fundação Nacional de Saúde.

A peça inaugural foi apresentada perante esta Corte Regional em razão do foro por prerrogativa de função de NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, então Prefeito do Município de Patos/PB. Com o fim do mandato, os autos foram encaminhados ao juízo de primeiro grau, onde proferida a decisão de recebimento da denúncia (datada de 04/03/2013, fls. 21/23) e iniciada a fase de instrução, após o que, noticiado o exercício do mandato de Deputado Estadual pelos denunciados NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO e DINALDO MEDEIROS WANDERLEY (atual Prefeito do Município de Patos/PB), retornaram os autos a este Regional Federal (v. fls. 243/246 e 247/248).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

Nesta instância, após ouvido o MPF, esta Relatoria proferiu despacho ratificando os atos processuais até então praticados pelo juízo *a quo* (v. fls. 286/288 e 291).

Da instrução processual, inquiridas todas as testemunhas arroladas pelo MPF, ainda restava a oitiva de duas testemunhas arroladas pela defesa de DINALDO MEDEIROS WANDERLEY e HERMANO MEDEIROS WANDERLEY (fls. 221 e 337), além de duas testemunhas arroladas por DECZON FARIAS DA CUNHA (fls. 216, 338, 596 e 659).

De seu turno, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas corpus* n.º 354.083/PB, tendo como paciente NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, proferiu acórdão assim ementado, *litteris* (fls. 540, 549, 642/653):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO ESPECIAL FIM DE AGIR CONSISTENTE NO PREJUÍZO AO ERÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - *In casu*, o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta tipificada no art. 89 da Lei n. 8.666/93 e pretende o reconhecimento da inépcia da denúncia e o trancamento da ação penal, por atipicidade da conduta.

III - A exordial acusatória não atendeu plenamente os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, notadamente no que se refere à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, pois não denota o prejuízo econômico decorrente da dispensa indevida da licitação, faltando, nos termos da jurisprudência que atualmente predomina, ressalvado o entendimento do relator, a descrição do especial fim de agir do art. 89 da Lei n. 8.666/93, qual seja, o intuito deliberado de causar prejuízo ao erário, se revelando, portanto, inepta (precedentes).

IV - A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (precedentes).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

V - Contudo, ante a aparência de prejuízo ao erário, não descrita na denúncia, como já se reconheceu, **premature se revela o trancamento da ação penal**, dada a necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, inviável nesta via (precedente).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para anular a ação penal APE 235-PB (0000011-96.2013.4.05.0000) em trâmite perante o eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em relação ao ora paciente, desde o oferecimento da denúncia, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória estribada nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, e na jurisprudência predominante acerca da exigência de especial fim de agir para o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/93.**

(STJ, 5ª T., HC 354.083/PB, Rel. Min. Felix Fischer, j. 27/09/16) (grifei)

Intimado acerca da ordem concedida pelo STJ, o *Parquet* não apresentou qualquer manifestação ou requerimento (fl. 655v).

Posteriormente, a mesma 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas corpus* n.º 412.231/PB, tendo como pacientes DINALDO MEDEIROS WANDERLEY e HERMANO MEDEIROS WANDERLEY, proferiu o seguinte acórdão ora anexado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO ESPECIAL FIM DE AGIR E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I – Pacientes denunciados em razão da suposta prática da conduta tipificada no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

II – Caso em que a exordial acusatória não atendeu plenamente os requisitos do art. 41, do CPP, notadamente no que se refere à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, pois, ressalvado o entendimento deste Relator, não descreve o especial fim de agir do art. 89 da Lei n. 8.666/93, qual seja, o intuito deliberado de causar prejuízo ao erário, se revelando, portanto, inepta (precedentes).

Habeas corpus conhecido. Ordem concedida para anular a ação penal APE 235-PB (0000011-96.2013.4.05.0000) em tramite perante o eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em relação aos pacientes, em razão da inépcia da denúncia, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória que atenda aos requisitos do art. 41 do CPP, bem como observe a jurisprudência predominante acerca da exigência de especial fim de agir para o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/93. (STJ, 5ª T., v.u., HC 412.231/PB, rel. Min. Felix Fischer, j. 14/11/17)

É o relatório.

Dispensada a revisão, em face do disposto no art. 29, do Regimento Interno desta Corte.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

APE 235 - PB

VOTO

**DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO
CORDEIRO (RELATOR):**

Trata-se de denúncia ofertada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, ex-Prefeito do Município de Patos/PB, DINALDO MEDEIROS WANDERLEY, atual Prefeito do Município de Patos/PB, HERMANO MEDEIROS WANDERLEY, então Presidente da Comissão Permanente de Licitação, e DECZON FARIAS DA CUNHA, administrador da empresa Transamérica, pela configuração, em tese, do delito tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas corpus* n.º 354.083/PB, proferiu acórdão não conhecendo do pedido de trancamento da ação penal, dada a necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, inviável naquela via. No entanto, concedeu a ordem de ofício para, em relação ao paciente NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, anular a presente ação penal desde o oferecimento da denúncia, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória sob os seguintes fundamentos, *litteris* (fls. 642/653):

(...)

Pretende o impetrante o reconhecimento da inépcia da exordial acusatória e o trancamento da ação penal em relação à conduta imputada, em razão da atipicidade da conduta, seja pela inexistência de dolo, seja pela falta de elementar consistente na ausência de dano ao erário público.

Aprecio inicialmente a alegação de inépcia da denúncia.

O art. 89 da Lei n. 8.666/93 possui o seguinte teor:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público".

No que se refere ao tipo penal acima referido, tive a oportunidade de me manifestar nos autos do Habeas Corpus n. 94.720/PE, nos seguintes termos:

"Com efeito, a simples leitura do caput do art. 89 da Lei n. 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo, entendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo penal. Dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93, ao contrário do que se passa apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei n. 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária."

Não obstante o meu posicionamento pessoal permaneça o mesmo, reconheço que a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que se exige a demonstração de especial fim de agir, consistente no objetivo de causar efetivo prejuízo ao erário, para configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, verbis:

"Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia.

1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal.
2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL.
3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.
4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, 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 do afastamento indevido da licitação.
5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

6. Acusação, ademais, improcedente (Lei n. 8.038/90, art. 6º, *caput*)" (STF - Inq n. 3.077/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25/9/2012).

E esta Corte Superior de Justiça, acompanhando esse entendimento, prolatou os seguintes julgados:

"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 CC 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.

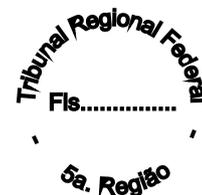
- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Ação penal improcedente" (APn n. 480/MG, Corte Especial, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 15/6/2012).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE NÃO DESCREVE A FORMA COMO OS RECORRENTES TERIAM CONTRIBUÍDO PARA A PRÁTICA CRIMINOSA, O SEU DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PREJUÍZOS AO ERÁRIO. PEÇA VESTIBULAR QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA CARACTERIZADA. PROVIMENTO DO RECLAMO.

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

3. No caso dos autos, o Ministério Público cingiu-se a afirmar que os recorrentes, sócios-administradores da empresa SC Soluções em Comunicação e Editora Ltda., teriam concorrido para a prática criminosa ao auferir os benefícios decorrentes da contratação com o Poder Público, deixando de mencionar de que maneira teriam contribuído para a inexigibilidade ilegal do procedimento licitatório, de que forma estariam conluiados aos demais corréus, agentes públicos, na restrição do caráter competitivo do certame, bem como o seu dolo específico de fraudar a Administração e os prejuízos por ela suportados, o que revela a inaptidão da vestibular para deflagrar a ação penal em apreço.

4. Recurso provido para declarar a inépcia da denúncia oferecida nos autos da Ação Penal n. 188.14.002975-5 apenas no tocante aos recorrentes" (RHC n. 70.752/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 24/8/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

3. Entende essa Corte que o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, cumprindo ao parquet imputar não apenas a contratação indevida, mas também o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, o que não ocorreu na espécie.

4. Constata-se que a inicial acusatória, em que pese tenha descrito que a paciente, como advogada e responsável pela elaboração de toda a documentação, tenha dispensado licitação fora das hipóteses legais, deixou de apontar o efetivo prejuízo da administração ou a intenção da paciente em lesar o erário. Assim, inepta a denúncia.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer a inépcia formal da inicial acusatória" (HC n. 339.303/PI, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 23/8/2016).

Nesse contexto, imprescindível a verificação de como os fatos estão descritos na denúncia, cujo trecho ora transcrevo:

“ I - UM CONTEXTO GERAL DO CASO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

O inquérito policial n. 034/2010 foi instaurado com o objetivo de investigar a existência de ajuste entre servidores públicos, agentes políticos e sociedades empresariais/empresários individuais para fraudar o caráter competitivo de dois procedimentos licitatórios - mais precisamente, com dispensa de licitação vedada à luz do art. 93 da Lei 8.666/93 - realizados para aplicar os recursos do convênio n. 1263/2002, firmado entre a FUNASA e o Município de Patos/PB, com o objetivo de construir 44 (quarenta e quatro) sistemas simplificados de abastecimento de água.

Referido convênio foi celebrado durante a gestão do Prefeito Dinaldo Wanderley e vigorou, inicialmente, de 17 de dezembro de 2002 a 17 de dezembro de 2003, contando com a liberação de recursos federais no valor de R\$ 799.975,54 (setecentos e noventa e nove mil, novecentos e setenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos) e contrapartida municipal no valor de R\$ 16.492,66 (dezesseis mil, quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos). De acordo com o plano de trabalho, a execução iria ocorrer no prazo de um ano e tal previsão de gasto previsto seria de R\$ 800.468,20 (oitocentos mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e vinte centavos).

A presente denúncia não diz respeito à irregularidade na execução financeira dos contratos firmados para aplicação dos recursos do convênio. Na realidade, a denúncia foca nas irregularidades ocorridas nas dispensas de licitação procedidas para contratação de empresas para execução do objeto do Convênio n. 1263/2002.

[...] na gestão de Nabor Wanderley, a administração abandonou o contrato anteriormente firmado com a TRANSAMÉRICA CONSTRUTORES ASSOCIADOS LTDA. e também dispensou a licitação para concluir a terceira parcela das obras relativas ao objeto do Convênio n. 1263/2002. A dispensa fundamentou-se no Decreto do Governo do Estado da Paraíba que reconheceu o estado de emergência no Município de Patos/PB, no período de 17 de outubro de 2005 a 17 de abril de 2006 (cento e oitenta dias) e no parecer jurídico justificador.

Nessa oportunidade, três empresas foram convidadas, quais sejam, ACS AMÉRICA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS, GEOTEC LTDA. E A CONSTRUTORA IPANEMA. A dispensa foi ratificada em favor da ACS AMÉRICA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS e no dia 07 de novembro de 2005 novo contrato foi firmado para conclusão da terceira parcela do convênio. Tal contrato teve prazo de 60 (sessenta) dias e valor de R\$ 320.482,46 (trezentos e vinte mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e seis centavos).

[...]

III - DO CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO
(ART. 89 DA LEI 8.666/93), NA GESTÃO DE NABOR
WANDERLEY - DISPENSA DE LICITAÇÃO N. 036/2005.

III.1 – Dos fatos

Ao término do mandato do prefeito DINALDO WANDERLEY, NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO assumiu a prefeitura do Município de Patos/PB. Em 2005, com o objetivo de possibilitar a liberação da terceira parcela do convênio, a própria prefeitura providenciou a conclusão da parte pendente, uma vez que o contrato com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

a TRANSAMERICA não vigorava mais, conforme justificativa de fls. 639 do apenso I, volume V.

Com a regularização da execução do contrato, houve a liberação da terceira parcela do convênio pela FUNASA. Nesse momento, a prefeitura, mais uma vez, decidiu dispensar a licitação e, em novembro de 2005, contratou outra empresa para concluir as obras, qual seja, ACS AMÉRICA. As obras foram concluídas em março de 2006.

Da mesma forma, para fundamentar a dispensa de licitação, o prefeito NABOR WANDERLEY baseou-se no Decreto n. 26.461/2005, do Governo do Estado da Paraíba (que homologou o Decreto n. 045/2005, da Prefeitura Municipal de Patos/PB), que decretou, no período de 17 de outubro de 2005 a 17 de abril de 2006 (cento e oitenta dias), estado de emergência, conforme documentação de fls. 640/642 do apenso I, volume V, e pareceres jurídicos de fls. 554/556 e 557/561 do apenso I, volume VIII.

Em razão da dispensa de licitação, convidou três empresas, quais sejam, ACS AMÉRICA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS, GEOTEC LTDA, e a CONSTRUTORA IPANEMA. Da mesma maneira que ocorreu na gestão de DINALDO, as empresas apresentaram propostas com formatação bastante semelhante, alterando apenas os valores (fls. 51/60, 61/70 e 71/80 do apenso II, volume III). Por ter apresentado a melhor proposta, a dispensa de licitação foi ratificada em favor da ACS AMÉRICA, conforme documento de fls. 92 do apenso II, volume III.

O novo contrato, para conclusão da terceira parcela do convênio, foi firmado em 07/11/2005, com prazo de sessenta dias e no valor de R\$ 320.485,46 (trezentos e vinte mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e quarenta e seis centavos), a teor dos documentos de fls. 94/100 do apenso II, volume III.

III.2 - Da capitulação legal

Os fatos narrados evidenciam a prática do delito descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93:

[...]

Isso porque, NABOR WANDERLEY assumiu a prefeitura do Município de Patos/PB em janeiro de 2005 e apenas decidiu dispensar o procedimento licitatório para conclusão da terceira parcela do convênio em novembro 2005, data em que já teria decorrido tempo suficiente para a realização do certame, o que afasta a situação de grave emergência apta a autorizar a contratação direta.

Ademais, o art. 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/93 veda a prorrogação do contrato firmado com dispensa de licitação, pelo que também inviabiliza a realização de nova dispensa de licitação para contratação de outra empresa com o fito de concluir obras iniciadas com a anterior dispensa de licitação. Nenhuma situação de calamidade/emergência iria justificar uma contratação, por dispensa de licitação, firmada no ano de 2003, com obras concluídas apenas no ano de 2006, após duas prorrogações indevidas e uma nova dispensa indevida de licitação.

Não há justificativa para dispensar a licitação, em razão de situação de calamidade/emergência, e a respectiva obra apenas ser concluída após três anos da contratação inicial.

Por fim, das três empresas convidadas, duas são consideradas inidôneas, a ACS AMÉRICA e a CONSTRUTORA IPANEMA, porquanto estão envolvidas em diversas fraudes e foram apontadas como empresa de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

faixada pela Operação I-Licitação, conforme processo n. 2004.82.01.002068-0.

III.3- Da especificação da autoria

O prefeito NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO era o responsável pela administração do Município à época e tinha comando (conferir depoimento de fls. 219/220), pelo que deve responder pelos fatos ocorridos na cidade durante a sua gestão. O prefeito NABOR WANDERLEY homologou e adjudicou o objeto licitado.

Esclareça-se que, em razão da proximidade existente entre servidores e administrados nos municípios pequenos, como o de Patos/PB, agentes públicos, como NABOR WANDERLEY, participam ativamente e influenciam na escolha das empresas que serão convidadas para contratar com a administração.

III.4 - Das provas

Além do conjunto probatório como um todo, requer o Ministério Público Federal seja dada especial atenção às seguintes peças dos autos:

- i) depoimento do acusado NABOR WANDERLEY, às fls. 219/220, no qual ele confirma o envolvimento direto na dispensa de licitação n. 036/2005 para contratação da empresa que ficaria responsável pela execução da terceira parcela do objeto do Convênio n. 1263/2002;
- ii) documento de fls. 01 do apenso II, volume III, no qual o Secretário de Infra-estrutura e Serviços Urbanos, JOSÉ ÉRICO COSTA DE LIRA, solicita a contratação da empresa ACS - AMERICA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA. para a conclusão dos serviços relativos ao Convênio n. 1263/2002; Despacho de fls. 521 do apenso I, volume VIII, no qual o Prefeito NABOR WANDERLEY autoriza a abertura do procedimento administrativo, encaminha o processo para o Secretário de Finanças e solicita consulta ao Departamento Jurídico do Município; pareceres jurídicos de fls. 554/556 e 557/561 do apenso I, volume VIII; Decreto n. 26.461/2005, do Governo do Estado da Paraíba, que homologa o Decreto n. 045/2005, da Prefeitura do Município de Patos/PB que decretou a situação de emergência no Município (fls. 640/642 do apenso I, volume V); propostas das empresas ACS AMÉRICA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., GEOTEC LTDA. e da CONSTRUTORA IPANEMA LTDA. (fls. 51/60, 61/70 e 71/80 do apenso II, volume III); ratificação da Dispensa de Licitação n. 036/2005 (fls. 92 do apenso II, volume III); contrato firmado entre o Município de Patos/PB e a ACS AMÉRICA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA. (fls. 94/100 do apenso II, volume III).

IV - CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, os acusados NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, DINALDO MEDEIROS WANDERLEY, HERMANO MEDEIROS WANDERLEY e DECZON FARIAS DA CUNHA praticaram a conduta delituosa descrita no art. 89 da Lei 8.666/93" (fls. 25-34).

Como se pode depreender do excerto acima reproduzido, a exordial acusatória não atendeu plenamente os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, notadamente no que se refere à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, sendo imperioso seu refazimento, pois não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

há a descrição, nos termos da jurisprudência que atualmente predomina, do especial fim de agir do art. 89, da Lei n. 8.666/93, qual seja, o de procurar causar deliberadamente prejuízo ao erário, se revelando inepta a inicial acusatória.

Colaciono, a seguir, precedentes dessa Corte Superior de Justiça:

"PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIMES LICITATÓRIOS. CRIMINALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO EM PARECERES SEM IMPUTAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. DESCABIMENTO. PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEQUER IMPUTADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

[...]

3. A imputada colaboração em crime de fraude a licitações pela emissão de pareceres exige fundada indicação de preorientada atuação com desvio de finalidade, para que não se persiga o procurador municipal pela atuação funcional - de conteúdo sempre livre.

4. Tampouco imputada a indispensável existência de prejuízos à Administração Pública pelas indicadas fraudes, é caso de inépcia da peça acusatória, com nulidade dos atos processuais subsequentes.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida de ofício a ordem para reconhecer a nulidade da denúncia, por inépcia" (HC n. 85.724/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 18/6/2015).

"PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE NA DENÚNCIA. NÃO ATENDIMENTO DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. MATÉRIA DE PROVA.

1. Nos autos da Ação Penal n. 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício acolheu, por maioria, a tese de ser imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Na hipótese em apreço, a denúncia, sem atender às disposições do art. 41 do Código de Processo Penal, não descreve o dolo específico e nem o efetivo prejuízo, limitando-se à burla da licitação, sendo, pois, inepta.

3. [...]

4. Recurso parcialmente provido, apenas para anular a denúncia por inépcia, ressaltando a possibilidade de uma nova ser apresentada, desde que, dentro dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, seja demonstrado o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos" (RHC n. 36.562/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27/11/2014).

Por outro lado, no que se refere ao pedido de trancamento da ação penal, destaco, por oportuno, que a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, há muito já se firmou no sentido de que o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

(...)

In casu, entendo que, apesar de reconhecer a inépcia formal da denúncia, é inviável se falar em trancamento da ação penal.

No presente caso, a conduta descrita na denúncia - embora não haja indicação do intuito de causar danos ao erário municipal, ou demonstração do especial fim de agir - se amolda, em tese, ao tipo penal do referido dispositivo legal (art. 89 da Lei n. 8.666/93), na medida em que descreve as supostas irregularidades ocorridas em contratações realizadas pelo ora paciente.

Como bem consignou o Ministério Público Federal em seu parecer, a peça acusatória "pontuou a existência de ajuste entre servidores e agentes públicos e sociedades empresariais/empresários individuais, com vistas a fraudar o caráter competitivo de dois procedimentos licitatórios, com dispensa de licitação vedada à luz do art. 93, da Lei 8.666/93, realizados para aplicar os recursos do convênio n. 1263/2002, firmado entre a FUNASA e o Município de Patos/PB, com o objetivo de construir 44 (quarenta e quatro) sistemas simplificados de abastecimento de água" (fl. 2.500).

Logo, resta afastada a alegação de atipicidade da conduta suscitada pelo ora impetrante na inicial do *mandamus*, como argumento utilizado para pleitear o trancamento da ação penal. Por outro lado, não foram arguidas causas de extinção da punibilidade.

Destarte, há indícios de que o paciente seja autor da conduta que lhe é imputada, uma vez que a suposta dispensa irregular da licitação, em tese, teria ocorrido durante a sua gestão como Prefeito do Município de Patos/PB. Não emerge dos autos a ausência de vinculação do paciente com os fatos descritos na exordial acusatória.

Há também prova da materialidade dessa conduta. Neste particular, a peça acusatória afirma que "a denúncia foca nas irregularidades ocorridas nas dispensas de licitação procedidas para contratação de empresas para execução do objeto do Convênio n. 1263/2002" (fl. 27), tendo sido instaurado inquérito policial como fim de investigar tais dispensas indevidas, constatadas durante a gestão do prefeito, ora paciente, indicando como provas o depoimento do acusado, e diversos documentos, dentre eles, a ratificação da Dispensa de Licitação n. 036/2005 e o contrato firmado entre o município e uma empresa sem licitação.

Ressalte-se que, conforme se verifica à fl. 33 da peça acusatória, com a dispensa da licitação a obra foi concluída somente após 3 (três) anos da contratação inicial, e, "das três empresas convidadas, duas são consideradas inidôneas, a ACS AMÉRICA e a CONSTRUTORA IPANEMA, porquanto estão envolvidas em diversas fraudes e foram apontadas como empresa de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

faixada (sic) pela Operação I-Licitação, conforme processo n. 2004.82.01.002068-0".

Assim, ante a aparência de prejuízo ao erário, não descrita na denúncia, o que já se reconheceu, prematuro se revela o trancamento da ação penal, dada a necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, inviável nesta via. Nesse sentido, reproduzo o seguinte precedente:

"PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE NA DENÚNCIA. NÃO ATENDIMENTO DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. MATÉRIA DE PROVA.

1. [...]

2. [...]

3. De outra parte, o pretendido trancamento, por falta de justa causa, que depende da certeza da inexistência do elemento subjetivo e da total ausência de prejuízo, não está demonstrado sem maiores digressões, necessitando de revolvimento fático-probatório, não condizente a via eleita, mandamental por excelência.

4. Recurso parcialmente provido, apenas para anular a denúncia por inépcia, ressaltando a possibilidade de uma nova ser apresentada, desde que, dentro dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, seja demonstrado o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos" (RHC n. 36.562/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27/11/2014).

Concluo, pois, no sentido de que não se apresentam os elementos autorizadores do trancamento da ação penal, mas tão somente do reconhecimento da inépcia formal da denúncia.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo, entretanto, a ordem de ofício apenas para anular a ação penal APE 235-PB (000011-96.2013.4.05.0000) em trâmite perante o eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em relação ao ora paciente, desde o oferecimento da denúncia, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória estribada nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, e na jurisprudência predominante acerca da exigência de especial fim de agir para o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/93.**

(...). (grifei)

Como se infere da leitura do trecho do voto em epígrafe, relativamente ao denunciado NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, a Corte Superior anulou a presente ação penal desde o oferecimento da denúncia, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória, entendendo pela inépcia da denúncia, porquanto, a despeito de demonstrada a materialidade delitiva, não restou comprovado o dolo próprio do tipo penal, qual seja, a intenção de causar efetivo prejuízo aos cofres públicos a partir da dispensa indevida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

Na mesma senda, a 5ª Turma do STJ, nos autos do *Habeas corpus* n.º 412.231/PB, também de Relatoria do Ministro Felix Fischer, concedeu a ordem para igualmente anular a Ação Penal APE 235/PB relativamente aos pacientes DINALDO MEDEIROS WANDERLEY e HERMANO MEDEIROS WANDERLEY, pelos mesmos fundamentos reproduzidos no *Habeas corpus* n.º 354.083/PB acima transcritos.

De fato, a análise do tipo estatuído no art. 89 da Lei nº 8.666/93 tem ensejado, na doutrina e na jurisprudência, intensas discussões acerca da sua natureza jurídica e do bem jurídico tutelado.

No caso dos autos, em princípio, a tipicidade objetiva, consistente na dispensa irregular de licitação, fora das hipóteses previstas pela Lei n.º 8.666/93, restou evidenciada.

Entretanto, observa-se que a acusação não tratou de demonstrar nem a presença do dolo específico na conduta dos réus - qual seja, o intento de causar dano ao erário -, nem o efetivo prejuízo advindo aos cofres públicos da dispensa indevida (resultado), elementos imprescindíveis, segundo a jurisprudência do STJ, à caracterização do delito previsto pelo art. 89 da Lei nº 8.666/93.

De fato, num primeiro momento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tratava o delito de dispensa indevida de licitação como crime de mera conduta, não sendo exigível, portanto, para a sua caracterização, a existência de resultado.

Entretanto, em 29 de março de 2012, no julgamento do *leading case*, a Ação Penal n.º 480/MG, a Corte Especial do STJ, por maioria, acolheu a tese no sentido de que a tipificação do delito contido no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 exige a concomitância do dolo específico de lesar o erário com a demonstração do prejuízo efetivo advindo da não observância do procedimento licitatório, *verbis*:

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

- 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. (STJ, APN 480/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. em 29/03/12, DJ 15/02/12)

Destaco ainda trechos pertinentes do elucidativo voto-revisão do Ministro Cesar Asfor Rocha, na ação penal acima citada, *verbis*:

“[...] Compreendo que, para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Devem estar caracterizados, a meu ver, não só o dolo específico de causar dano ao erário, mas também o próprio dano, pontos inexistentes no caso em debate e sobre os quais diverge a jurisprudência pátria.

[...] As infundáveis e naturais dúvidas que gravitam em torno da legalidade dos atos praticados em todos os momentos pelas administrações em geral, ensejando erros e acertos por parte dos agentes públicos, inclusive pelos mais habilitados juridicamente, impõem uma interpretação mais cuidadosa e restrita das normas punitivas, sobretudo as do âmbito criminal. Ademais o engessamento da atividade administrativa mediante ameaças de condenações criminais é tão pernicioso quanto a sua liberação total, descontrolada, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio na interpretação das normas jurídicas destinadas a punir os agentes públicos, os quais têm a obrigação de impedir uma desastrosa estagnação da atividade estatal.

Assim, confiro às normas de natureza penal inseridas na Lei n. 8.666/1993, dentre elas a do art. 89, o objetivo de apenar, na verdade, os administradores efetivamente desonestos, mal intencionados e criminosos, cabendo ao órgão acusador comprovar o dolo específico do acusado de causar danos aos bens públicos. [...]” (STJ, APN 480/MG, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Julg. em 29/03/12, DJ 15/06/12)

Em mesma medida, é o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal em seu plenário, *verbis*:

“Ação Penal. Ex-Prefeito municipal. atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas 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 do afastamento indevido da licitação.

[...]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

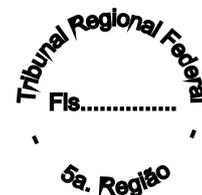
4. Ação penal julgada improcedente". (STF, Ação Penal 527/PR, Min. Dias Toffoli, DJ 04/04/11)

Portanto, segundo a interpretação dada à matéria pelas Cortes Superiores, para a configuração do delito em questão, faz-se necessária a comprovação do dolo específico e do efetivo prejuízo aos cofres públicos.

O col. Supremo Tribunal Federal entende que há de existir, pelo menos, a prova efetiva do elemento subjetivo específico, a saber, a vontade deliberada e consciente daquele que venha a frustrar licitação não apenas de o fazer, mas também de, em o fazendo, ocasionar dano ao erário.

Vale ressaltar, outrossim, que o mesmo entendimento tem sido adotado no âmbito desta Corte, consoante se extrai de recente julgado da Quarta Turma, a saber:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DA CONDUTA. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. **DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 89, CAPUT, LEI Nº 8.666/93)**. PREFEITURA DE JOÃO PESSOA/PB. CESSÕES CONTRATUAIS CELEBRADAS NO PERÍODO DE 1998 A 2002. PRÉVIA ANUÊNCIA DO PREFEITO. UTILIZAÇÃO DE CONTRATO CELEBRADO EM 1992 (CONTRATO Nº 03/92) E CONVÊNIO CELEBRADO COM A EMBRATUR (CONVÊNIO Nº 091/2000) PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS OBRAS E SERVIÇOS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. ILEGALIDADE. PROCESSO TCU TC Nº 015.609/2002-1. CONDUTAS, PORÉM, ANTERIORES À DECISÃO Nº 420/2002 - TCU-PLENÁRIO, DOU 10/05/2002. INEXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE DE CONTAS SOBRE A EXEGESE DO ART. 78, VI, DA LEI DAS LICITAÇÕES. CASO CONCRETO: CLÁUSULAS EDITALÍCIAS E CONTRATUAIS. SUBROGAÇÃO E CESSÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE, MEDIANTE PRÉVIA ANUÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. TIPIFICAÇÃO DO ART. 89 DA LEI DAS LICITAÇÕES. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DA FINALIDADE ESPECÍFICA DE FAVORECIMENTO INDEVIDO. JURISPRUDÊNCIA DO STF (AP 683, J. 09/08/2016; AP 700, J. 23/02/2016; INQ 3731 J. 02/02/2016). AUSÊNCIA, NO CASO, DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO E DA INTENÇÃO OU INFLUÊNCIA NA ESCOLHA DIRETA DAS EMPRESAS CONTRATADAS. PRONUNCIAMENTO DO TCU (PROCESSO TC Nº 015.609/2002-1) DE NÃO HAVER NOTÍCIAS DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL (TCE-PB), DE 23/10/2008, DECLARANDO A INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO (ACÓRDÃO AC1 TC Nº 1536/08). **DOLO DO DENUNCIADO E EXISTÊNCIA DE DANOS AO ERÁRIO NÃO COMPROVADOS OBJETIVAMENTE. PROVA NÃO PRODUZIDA PELA ACUSAÇÃO.** SENTENÇA ABSOLUTÓRIA DOS EX-SECRETÁRIOS NA AÇÃO PENAL Nº 2008.82.00.009632-2 (ACR12084/PB) MANTIDA PELA EG. QUARTA TURMA DESTA TRIBUNAL EM SESSÃO DE 04/08/2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

DOLO NÃO SUFICIENTEMENTE COMPROVADO. PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DENÚNCIA.

- Cuida-se de apelação criminal interposta por Cícero de Lucena Filho contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Paraíba que o condenou a uma pena definitiva de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de detenção e 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime de dispensa/inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

- Não há como acolher a alegação de inépcia da denúncia se a conduta delituosa do acusado foi descrita de forma suficiente, possibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório, contendo a descrição fática de todas as circunstâncias que interessam à defesa, nos termos do art. 41 do CPP. No caso, não deixa dúvidas a narrativa exordial de que o denunciado, na condição de Prefeito e gestor das verbas públicas federais repassadas ao Município da Paraíba, teria dispensado indevidamente licitações, aproveitando-se de um contrato celebrado em 13/05/1992 (Contrato nº 03/92), bem como de convênio celebrado com a EMBRATUR para autorizar cessões de obrigações entre empresas, no período de 1998 a 2002, sem prévio processo de licitação.

- As cessões contratuais de obrigações entre as empresas que o denunciado teria anuído, com a consequente dispensa de processo de licitação, configuram a materialidade delitiva, sendo as seguintes: 1) em 23/03/1999, entre a COESA - Comércio e Engenharia LTDA e a COJUDA - Construtora Julião Ltda.; 2) em 23/11/2000, entre a COJUDA e a empresa Plena Ltda.; 3) em 10/05/2002, entre a COESA - Comércio e Engenharia LTDA e a CONORTE - Construtora Nordeste LTDA; 4) em 30/09/2002, entre a COESA - Comércio e Engenharia LTDA e a LINK - Engenharia, Indústria e Comércio e Engenharia LTDA.

- Ao apreciar a legalidade das cessões realizadas com base no Contrato 03/92, anuídas pelo então Prefeito, ora denunciado, e aquelas realizadas a partir do convênio celebrado com a Embratur, objetos da presente ação penal, no Processo TC nº 015.609/2002-1, o Tribunal de Contas da União (TCU) reconheceu a ilegalidade das sub-rogações de contrato anuídas pelo ora acusado, tendo em vista ser o responsável pelos convênios e ter anuído com os contratos de repasse, imputando-lhe uma multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e determinando que se abstinhasse de continuar com tal prática.

- Contudo, ficou excepcionada a responsabilidade administrativa dos secretários que subscreveram os instrumentos de cessão pelo fato de que tal entendimento - ilegalidade das sub-rogações/cessões - passou a ser publicamente conhecido com eficácia normativa apenas com a publicação da Decisão nº 420/2002-TCU-Plenário, DOU 10/05/2002 (cf. item 25, do voto), e as cessões de que tratam os autos terem sido realizadas em momento anterior, conforme reconheceu, inclusive, a sentença recorrida.

- Para consumação do delito e adequação da conduta do agente à norma que tipifica o art. 89 da Lei das Licitações, demais da simples (in)observância parcial ou imperfeita das normas procedimentais, sua prática deve evidenciar um maior desvalor para com o ordenamento jurídico, consubstanciado no fato de ter o agente público se portado com o deliberado intuito de lesar o erário para obtenção de uma vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o contratado. Precedentes do STF na AP 683, j. 09/08/2016; AP 700, j. 23/02/2016; INQ 3731, j. 02/02/2016.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

- A denúncia e as demais provas colhidas ao longo da instrução processual não foram capazes de demonstrar que o então prefeito, ora denunciado, ao anuir as cessões contratuais, teria agido com o propósito de lesar o fisco ou beneficiar as empresas contratadas, sendo mesmo de afirmar-se que a denúncia é omissa a esse respeito. A peça narra que o acusado, na condição de gestor das verbas federais repassadas ao Município, em co-autoria com os ex-Secretários de infra-estrutura, teria indevidamente dispensado a realização de licitação no sentido de atender o objeto do Convênio nº 91/2000, celebrado com a EMBRATUR, e os diversos contratos de repasse firmados posteriormente, fatos esses que perduraram de 1998 até 2002, em continuidade delitiva.

- Contudo, não há na peça acusatória, nem ficou evidenciado pelos demais elementos probatórios colhidos ao longo da instrução processual, fatos concretos ou alguma documentação indicando que o réu tenha influenciado na escolha das empresas contratadas ou de que tenha tido com elas alguma relação direta, tampouco se apontou algum indicativo de que teria havido prejuízo aos cofres públicos, silenciando a acusação a esse respeito.

- Apesar de reconhecer a ilicitude das anuências realizadas pelo ora acusado, o Tribunal de Contas da União (TC 015.609/2002-1) afirmou não ter havido notícias de dano ao erário, frisando que se tal tivesse ocorrido, poderia ensejar a instauração de uma Tomada de Contas Especial - TCE com vistas ao ressarcimento aos cofres públicos do prejuízo eventualmente verificado. No mesmo sentido, consta também nos autos decisão da Corte de Contas Estadual (TCE-PB), datada de 23/10/2008, que ao apreciar a legalidade dos termos de cessão e aditivos realizados em face do Contrato nº 03/92, calcando-se na análise da Divisão de Licitações e Contratos (DILIC), pronunciou-se pela inexistência de lesão ao erário (Acórdão AC1 TC nº 1536/08, fls. 3434-3439, Vol. 19), não havendo a acusação, ao longo desta ação penal, produzido provas capazes de contestar ou contrariar as conclusões em tal sentido.

- Diante do contexto de insegurança jurídica apresentado na época da prática dos atos de cessão até a publicação da Decisão 420/2002 do Tribunal de Contas da União (DOU de 10/05/2002), nada obstante a ilicitude sob o ponto de vista administrativo, a criminalização da conduta adotada pelo denunciado dependeria de que a acusação demonstrasse a vontade do agente causar dano ao erário ou beneficiar as empresas contratadas (COJUDA, PLENA Ltda., CONORTE e LINK), circunstâncias que não ficaram suficientemente demonstradas nos autos.

- Apelação provida para julgar improcedente a denúncia, com base no art. 386, III, do CPP. (TRF5, 4ª T., ACR 14346/PB, rel. Des. Federal Edilson Nobre, DJE 25/05/17) (grifei)

Ora, na hipótese dos autos, tenho que a exordial acusatória não foi capaz de indicar o prejuízo ao erário (elemento objetivo em conformidade com a atual jurisprudência do STJ) nem o dolo específico consequencial dos réus em lesar o patrimônio público ao contratar diretamente os fornecedores dos produtos/serviços adquiridos.

Por todo o exposto, cumprindo o determinado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas corpus* n.º 354.083/PB e do *Habeas corpus* n.º 412.231/PB, torno sem efeito o despacho de fl. 291 (ratificação dos atos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

processuais) para ANULAR a presente ação penal, desde o oferecimento da denúncia quanto a NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO, DINALDO MEDEIROS WANDERLEY e HERMANO MEDEIROS WANDERLEY, extensivamente ao denunciado DECZON FARIAS DA CUNHA, sem prejuízo da apresentação de nova exordial acusatória estribada nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, e na jurisprudência predominante acerca da exigência de especial fim de agir para o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

É como voto.