

07/03/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INVEST.(A/S) : CELSO ALENCAR RAMOS JACOB
ADV.(A/S) : THIAGO MACHADO DE CARVALHO

EMENTA: PENAL. DENÚNCIA. CRIME DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS OU EM INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PERTINENTES. ART. 89 DA LEI 8.666/93. CELEBRAÇÃO DE TERMO DE PARCERIA ENTRE MUNICIPALIDADE E OSCIP NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE SAÚDE. PARECER JURÍDICO DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO NO SENTIDO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ERRO QUANTO A ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO. CRIME FORMAL: DISPENSA-SE O RESULTADO DANOSO, MAS NÃO A DESCRIÇÃO DE AÇÃO FINALISTICAMENTE VOLTADA À LESÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL. CONCURSO DE AGENTES. DISTINÇÃO ENTRE COAUTORIA E AUTORIA COLATERAL: NECESSIDADE DO ACORDO SUBJETIVO ENTRE COAUTORES E PARTÍCIPIES, VOLTADO À CONSECUÇÃO COMUM DA PRÁTICA CRIMINOSA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA REJEITADA.

1. O Direito Penal constitui a *ultima ratio legis* quanto às condutas humanas, por isso que deve incidir somente quando indispensável para a manutenção da ordem jurídica, posto inexistir norma jurídica para controlar e sancionar ações que violem expectativas normativas de maior intensidade.

2. Os princípios que regem a Administração Pública, inculpidos na lei maior, recebem distintos graus de proteção do ordenamento, razão pela qual a violação dos mesmos nem sempre constitui ilícito jurídico penal.

INQ 3674 / RJ

3. O agir administrativamente ilícito distingue-se do agir criminoso previsto no tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 à luz de três critérios cunhados a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber: **(i) a inexigibilidade da licitação fundada em parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente descaracteriza o crime** (Precedentes: Inq. 2482, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux; Inq. 3731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; AP 560, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli); **(ii) o especial fim de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados é de rigor para configurar a infração penal** (Precedentes: Inq. 3.965, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 700, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli; Inq. 3.731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; dentre outros); **(iii) o vínculo subjetivo entre os agentes no *concursum delinquentium* deve ser minuciosamente descrito para fins de imputabilidade** (AP 595, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux).

4. (i) O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta, precisamente por afastar, *a priori*, a ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância “*fora das hipóteses legais*” (art. 20 do Código Penal).

(ii) A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isto, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador;

(iii) A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na exordial acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso;

(iv) O concurso de agentes caracteriza-se pelo liame subjetivo entre coautores ou partícipes na prática criminosa comum, configurado pelo mútuo acordo evidenciado seja por prova oral, seja pelo *iter criminis* ou por outros elementos reunidos no curso da investigação;

INQ 3674 / RJ

(v) Distingue-se, dogmaticamente, a coautoria da denominada Autoria Colateral, que se define pela ausência de vínculo subjetivo entre vários agentes, que, simultaneamente, produzem um resultado típico – em regra **culposo**, como, *v. g.*, em delitos de trânsito;

(vi) a ausência de elementos indiciários do conluio entre os agentes obsta a caracterização da justa causa para o recebimento da denúncia que impute prática criminosa em coautoria ou participação.

5. *In casu*,

(i) o Acusado, então Prefeito de Três Rios, firmou Termo de Parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, à luz do parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Município, **razão pela qual o órgão do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em atuação perante o Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação manifestou-se pela inexistência de justa causa para imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93**, que restou incluído na denúncia oferecida pelo órgão de primeiro grau, sendo certo que esta questão não foi apreciada, porquanto o feito sofreu o deslocamento da competência por força do fim do mandato do Prefeito;

(ii) a denúncia não descreveu eventual finalidade do Acusado de obter proveito ilícito, em detrimento do erário, por meio da parceria firmada com a OSCIP e a investigação não coligiu elementos quanto à forma de emprego dos recursos públicos destinados à execução da parceria, inexistindo menção a qualquer indício de superfaturamento ou de desvios, sendo certo que os serviços foram efetivamente prestados, não se tratando dos denominados “servidores fantasmas”;

(iii) deveras, a investigação não reuniu elementos indicativos do mútuo acordo entre os agentes para a execução da empreitada criminosa em comum, omitindo-se na descrição da existência de liame subjetivo entre os acusados na comissão do crime, que se imputou, em concurso de agentes, ao ex-Prefeito, ao ex-Secretário de Saúde e ao então Presidente da PROMUR;

(iv) Consectariamente, não mencionou a existência sequer de um

INQ 3674 / RJ

indício de atuação conjunta, de vínculo pessoal ou de ajuste entre os acusados, para afastarem a licitação e obterem o proveito da empreitada criminosa;

(v) a denúncia indica que o Termo de Parceria teria se destinado à contratação direta de mão-de-obra voltada à área fim, e que deveria ser contratada mediante concurso público, além da afirmação de que parte dos prestadores de serviços contratados no âmbito da parceria não tinha qualquer relação com a área de saúde;

(vi) a supervisão da execução da parceria não cabia ao Prefeito, mas ao Secretário de Saúde, Sr. Walter Luiz Ribeiro Lavinias, que firmou o Termo de Parceria “*indicado pelo Município como Supervisor*” (fls. 90 do Apenso 2);

(vii) a denúncia não esclareceu, minimamente, se os prestadores de serviços de áreas distintas da saúde foram contratados no âmbito do Termo de Parceria indigitado na exordial ou no âmbito de outras parcerias, sendo certo que na lista constam psicólogos, médicos, auxiliares de laboratório, técnicos em radiologia, médicos em radiologia e protéticos contratados ao longo dos serviços prestados, profissionais definitivamente vinculados à área específica (fls. 140/141 do Apenso 2).

(viii) Consequentemente, impõe-se a conclusão de que a inicial acusatória falhou em demonstrar, **minimamente**, que o Prefeito, ao firmar o Termo de Parceria com a PROMUR, no âmbito da Secretaria de Saúde, e seus respectivos Termos Aditivos, teria também autorizado a contratação de prestadores de serviços de outras áreas, para o exercício de atividades fins exclusivas de servidores públicos.

6. À míngua de elementos que confirmam suporte probatório à instauração de ação penal, pela prática do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, deve-se rejeitar a denúncia.

7. Denúncia **rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

INQ 3674 / RJ

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não receber a denúncia, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente.

Brasília, 07 de março de 2017.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

21/02/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **CELSO ALENCAR RAMOS JACOB**
ADV.(A/S) : **THIAGO MACHADO DE CARVALHO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, o presente inquérito foi instaurado no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em decorrência de notícia-crime, apresentada por e-mail em 11/02/2005, por um assessor jurídico da Câmara de Vereadores de Três Rios, Sr. José Souto Tostes.

Na ocasião, foram narradas supostas irregularidades, praticadas, em tese, pelo então Prefeito do Município e atual Deputado Federal Celso Alencar Ramos Jacob. A maior parte delas já vinha sendo objeto de investigação, tanto no âmbito cível quanto na seara criminal. Algumas geraram ações de improbidade e outras deram origem a inquéritos criminais, já tendo sido proferida **uma sentença condenatória, já confirmada, em grau de apelação, por esta Segunda Turma, nos autos da AP 971, Relator Ministro Edson Fachin, na qual se deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta no primeiro grau.**

Os presentes autos cuidam de alegadas ilicitudes na contratação de uma OSCIP pela municipalidade, a qual teria por verdadeira finalidade burlar a regra do concurso público para contratação de mão-de-obra voltada à prestação de serviço fim.

Narra a denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República, *in verbis*:

“No período compreendido entre 3 de outubro de 2002 a 3 de

INQ 3674 / RJ

junho de 2005, CELSO ALENCAR RAMOS JACOB, na condição de chefe do Poder Executivo de Três Rios, de forma livre e consciente, deixou de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade de licitação e formalizou termo de parceria com a Organização PROMUR (Programa Multidisciplinar de Reabilitação), mais quatro termos aditivos, ciente de que o objeto contratado não seria realizado, consumando, assim, o delito tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/93, por cinco vezes.

Celso Alencar Ramos Jacob valeu-se da qualificação da pessoa jurídica contratada – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – e do ato com ela celebrado – termo de parceria – para justificar a inexigibilidade de licitação e, por via oblíqua, contratar servidores para exercer cargos comuns à Administração Pública, os quais deveriam ser ocupados mediante a realização de concurso público ou através de contratação temporária, desviando-se, desta forma, do objeto contido no termo de parceria avençado.

O programa de trabalho do citado termo de parceria previa a realização de ações direcionadas ao programa de saúde da mulher, à imunização, ao combate e controle ao mosquito Aedes Aegyptis, à vigilância sanitária, ao programa de hipertensão arterial, ao programa de prevenção e controle do diabetes, à farmácia de manipulação, à epidemiologia, ao programa de atendimento nas unidades básicas de saúde e ao programa de combate às carências nutricionais, conforme documentos de fls. 90/105 do procedimento em anexo.

Diferentemente do que fora previsto, no entanto, os recursos repassados por Celso Alencar Ramos Jacob à OSCIP PROMUR foram direcionados à contratação de profissionais de áreas estranhas à do objeto contratado [...].

O termo de parceria em questão foi objeto de 4 (quatro) termos aditivos, de maneira que, firmado em 3 de outubro de 2002, por prazo de 12 meses, somente teve o seu fim em 31 de dezembro de 2005.

A inexigibilidade de licitação, autorizada excepcionalmente pela Lei 8.666/93, não exclui a necessidade de instrução do procedimento administrativo com os motivos da escolha, nos moldes do art. 26, parágrafo único, do mencionado diploma. Analisando o termo de inexigibilidade do certame, verifica-se, de pronto, que em nenhum

INQ 3674 / RJ

momento houve pesquisa dos preços de mercado, providência que se mostra essencial até mesmo em hipóteses como tais, na medida em que consistirá em relevante fator a fundamentar a excepcionalidade da escolha.

O denunciado reconheceu a inexigibilidade da licitação com base no art. 25, caput, da Lei 8.666/93, que diz acerca da inviabilidade da competição, sem, contudo, apresentar qualquer justificativa para tanto.

A elaboração do parecer jurídico requerido pelo então Secretário Municipal de Saúde é posterior ao Memorando Especial n. 033-A/2002/SS, que solicitou a elaboração do Termo de Parceria, bem como à verificação da dotação orçamentária, o que revela que o intento do denunciado era, desde o início, firmar o termo de parceria com a Organização PROMUR (Programa Multidisciplinar de Reabilitação), independentemente de licitação.

Dos elementos constantes dos autos, portanto, resulta clara a inexigibilidade de licitação em desconformidade com a lei, incorrendo o denunciado, assim, na prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, por 5 (cinco) vezes” (fls. 348/352).

Colhe-se dos autos que o Município de Três Rios/RJ firmou, no curso do mandato do ora Acusado, três “Termos de Parceria” com a OSCIP denominada “PROMUR” (empresa sediada em São Paulo), nas áreas das Secretarias de Saúde, Meio Ambiente e Serviços Públicos. As diligências para apurar todos os prestadores de serviços que foram contratados através da PROMUR, inexistindo, na lista de contratados, pessoas relacionadas a partidos políticos ou de outro modo ligadas ao então Prefeito, contrariando o que havia sido afirmado por José Souto Tostes em seu pedido de investigação.

Diante da existência de garis, recepcionistas, mecânicos, serventes, na lista de profissionais contratados pela PROMUR por meio da Parceria com o Município, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia, imputando ao Prefeito, em concurso de agentes com o Secretário de Saúde e com o Presidente da PROMUR, a os crimes de

INQ 3674 / RJ

dispensa ilícita de licitação, nos termos do art. 89 da Lei 8.666/93; e de admissão de servidores em burla ao princípio do concurso público, conduta enquadrada no art. 1º, XIII, do Dec.-Lei 201/67.

A denúncia cuida apenas do Termo de Parceria firmado no âmbito da Secretaria de Saúde. Os demais Termos não foram objeto da inicial, que foi oferecida no primeiro grau de jurisdição, em 2013, logo depois de concluído o mandato do então Prefeito.

Naquele ano, o ora acusado fora eleito suplente de Deputado Federal. Por ter assumido o exercício do mandato, o juízo de primeiro grau declinou de sua competência e determinou a remessa do feito para este Supremo Tribunal Federal.

O Procurador-Geral da República apresentou nova peça acusatória, na qual narrou apenas o crime licitatório, tendo em vista a extinção da punibilidade do delito previsto no art. 1º, XIII, do Dec.-Lei 201/67, pela pena máxima em abstrato.

Quanto ao mais, o Procurador-Geral da República ratificou os termos da acusação oferecida na origem, acusando o Deputado Federal CELSO ALENCAR RAMOS JACOB da suposta prática de crimes de dispensa ilícita de licitação, por cinco vezes, no período compreendido entre 3 de outubro de 2002 e 3 de julho de 2005, quando exercia o cargo de Prefeito do município de Três Rios/RJ.

Segundo a inicial, o acusado deixou de observar formalidades necessárias à inexigibilidade de licitação para formalizar termo de parceria com a Organização PROMUR – Programa Multidisciplinar de Reabilitação, voltada à realização de programas de saúde, tendo praticado o delito no dia 03/10/2002, ao assinar o Termo de Parceria, e reiterado a prática criminosa nos quatro Termos Aditivos por ele assinados, o último dos quais em 03/07/2005.

INQ 3674 / RJ

O Procurador-Geral da República sustenta que o então Prefeito, ao firmar o contrato e outros quatro termos aditivos com a referida entidade, estava ciente de que o objeto contratado não seria realizado, incidindo, por isso, no crime de dispensa ilícita de licitação, tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93.

Sustenta que a qualificação da pessoa jurídica contratada como OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público serviu de artifício para justificar a inexigibilidade de licitação. Além disso, a Parceria tinha por verdadeira finalidade contratar diretamente “servidores” para exercer cargos que deveriam ser ocupados mediante realização de concurso público ou por meio de contratação temporária.

Para demonstrar a ilicitude da contratação, a denúncia compara as ações que deveriam constituir o programa de trabalho do termo de parceria com a qualificação dos profissionais empregados na sua execução, os quais seriam de áreas estranhas à do objeto contratado, por englobar garis, serventes, mecânicos, dentre outros (fls. 349/350).

Quanto ao momento da prática delitiva, a denúncia afirma que o Termo de Parceria foi assinado, pelo acusado Celso Alencar Ramos Jacob, na condição de chefe do Poder Executivo de Três Rios/RJ, no dia 3 de outubro de 2002, seguindo-se a assinatura de quatro Aditivos: (i) Primeiro Termo Aditivo, com duração de 12 meses, de 03/10/2003 a 02/10/2004 (fls. 109 do Apenso 2); (ii) Segundo Termo Aditivo, com duração de 3 meses, de 03/10/2004 a 03/01/2005 (fls. 125, Apenso 2); (iii) Terceiro Termo Aditivo (cuja cópia não foi encontrada, não constando dos autos), firmado, provavelmente, segundo o *Parquet*, em 03/01/2005, com validade até 03/06/2005; e, por fim, (iv) o Quarto Termo Aditivo, de 03/06/2005 a 31/12/2005 (fls. 433 do Apenso 3).

Para o Procurador-Geral da República, a prática criminosa se

INQ 3674 / RJ

evidenciaria pela inobservância das formalidades necessárias à formalização do procedimento de inexigibilidade de licitação, especialmente: (i) ausência de pesquisa dos preços de mercado, que constitui providência essencial mesmo em casos de inexigibilidade; (ii) ausência de instrução do procedimento com os motivos da escolha; e (iii) ausência de demonstração da inviabilidade da competição.

Por fim, argumenta que, apesar de haver parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Município, no sentido da inexigibilidade de licitação para contratação de OSCIP, o Parecer, por ser posterior ao Memorando da Secretaria de Saúde que solicitou a elaboração do termo de parceria e, também, à verificação da dotação orçamentária, não afastaria a suspeita de que *“o intento do denunciado era, desde o início, firmar o termo de parceria com a Organização PROMUR (Programa Multidisciplinar de Reabilitação), independentemente de licitação”* (fls. 351/352).

Em cota à denúncia, o Procurador-Geral da República solicitou que fosse declarada a prescrição de um dos crimes e promovido o desmembramento quanto aos não detentores de prerrogativa de foro (fls. 355/358).

Deferi os pedidos e determinei a notificação do parlamentar para apresentar resposta escrita (fls. 360/363).

A defesa sustenta a atipicidade da conduta imputada ao acusado, diante do fato de o termo de parceria ter sido celebrado por solicitação da Secretaria de Saúde, após análise criteriosa das condições apresentadas pela OSCIP parceira pelo setor técnico responsável, tudo com o fim de atender o interesse público. Argumenta que a inexigibilidade foi reconhecida depois de detalhada análise das condições apresentadas pelo ente parceiro e das peculiaridades das atividades que seriam prestadas. Acrescenta que, a comprovar a legalidade da atuação do acusado, o procedimento foi encaminhado à Procuradoria do Município para

INQ 3674 / RJ

manifestação jurídica. À luz do parecer favorável do corpo jurídico do município, lançada no Parecer 043/02, que constatou a inviabilidade de competição, formalizou-se a parceria. Arremata, aduzindo precedentes desta Corte no sentido da tese defensiva, que não se pode atribuir ação dolosa ao acusado, que atendeu a um pleito da Secretaria de Saúde do Município, consultando a Procuradoria do Município para tanto.

Quanto à forma de execução do contrato, a defesa salienta que não competia ao acusado, na condição de chefe do Poder Executivo Municipal, controlar como seriam realizadas as ações programadas pela OSCIP parceira, mas sim, unicamente, fiscalizar a prestação do serviço para atingir o objeto contratado. Relativamente à listagem de profissionais contratados, que o Ministério Público Federal considera ser incompatível com o objeto do termo de parceria, a defesa argumenta que *“a lista de funcionários e prestadores de serviços que é apontada às fls. 137/141 (do segundo apenso) não indica apenas aqueles que trabalhavam em razão do termo de parceria firmado com a Secretaria de Saúde de Três Rios/RJ, mas também outros”*, relativos às secretarias de Serviços Públicos e de Meio Ambiente.

Pede, por fim, a rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, ante a atipicidade da conduta e falta de justa causa para o início da ação penal.

Em seguida à apresentação da resposta à denúncia, constatou-se que o acusado não mais se encontrava no exercício de mandato parlamentar federal, conforme ofício da Câmara dos Deputados, datado de 02/09/2014, *in verbis*:

“informo a Vossa Excelência que o Senhor Celso Alencar Ramos Jacob (PMDB/RJ), eleito suplente de Deputado Federal para a 54ª Legislatura (2011/2015), tomou posse em 26.2.2013, afastou-se do exercício do mandato em 5.3.2013, reassumiu-o em 8.3.2013 e afastou-se, novamente, em 3.4.2014, permanecendo nessa condição até o presente” (fls. 391, vol. 2).

INQ 3674 / RJ

Determinei a remessa dos autos ao juízo de origem, nos termos da manifestação do Procurador-Geral da República (fls. 396/399).

Diante da reassunção do mandato parlamentar em abril de 2015, os autos foram devolvidos a este Supremo Tribunal Federal.

Ouvidos, Procurador-Geral da República (fls. 409/413) e defesa (fls. 419/435) reiteraram, em linhas gerais, as manifestações anteriormente lançadas.

É o relatório.

21/02/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhores Ministros, conforme relatado, foi reconhecida a prescrição do crime definido no art. 1º, XIII, do Dec.-Lei 201/67, referente à suposta contratação de pessoal com burla à regra do concurso público, por meio do Termo de Parceria com a PROMUR, objeto da denúncia.

Quanto ao crime licitatório, tendo em vista a pena máxima em abstrato de 5 anos, cuja prescrição se opera em 12 anos, e considerando a data de assinatura do último Termo Aditivo narrado na denúncia (03/06/2005), os fatos não se encontram prescritos, devendo ser analisada a idoneidade da inicial acusatória.

Os crimes definidos na Lei de Licitações Públicas vêm assumindo relevo no cenário recente, em especial nos casos em que estão associados a outros delitos contra a Administração Pública, como a corrupção, o peculato e outros ilícitos, cujo resultado é profundamente prejudicial ao erário.

Somam-se aos procedimentos de natureza criminal os inquéritos civis públicos e ações de improbidade administrativa, que são julgadas originariamente por juízos singulares.

Portanto, paralelamente à norma penal, o ordenamento jurídico pátrio estabelece sanções e princípios voltados à proteção da Administração Pública contra atos que, mesmo não estando voltados à lesão do bem jurídico penal, devem ser evitados e punidos de modo eficaz, como garantia de condução lícita da coisa pública por seus gestores.

Neste âmbito extrapenal, merecem destaque a Lei 8.492/92 e os dispositivos constitucionais que balizam a atuação dos agentes públicos no exercício de seu múnus. Porém, em casos de maior ofensividade da conduta, lesiva à integridade dos bens jurídicos protegidos pela norma

INQ 3674 / RJ

sancionadora, o comportamento deverá ser subsumido também à norma penal.

O art. 89 da Lei 8.666/93 estabelece uma norma penal em branco, *i. e.*, o tipo penal não define os casos em que a dispensa ou a inexigibilidade serão criminosas: ele remete às previsões legais existentes alhures, as quais complementarão o sentido da norma, indicando qual é a conduta proibida.

Vejam os o teor do art. 89 da Lei de Licitações, *verbis*:

“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 dispensa ou inexigibilidade é incriminada, de acordo com o tipo penal, em duas situações diferentes:

- (i) o caso não se enquadra nas hipóteses legais de dispensa ou de inexigibilidade;
- (ii) as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade não são observadas.

Os artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 estabelecem, respectivamente, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade. Por seu turno, o art. 26 prevê as formalidades pertinentes aos referidos procedimentos.

De início, é relevante notar que o tipo penal do art. 89 da Lei de Licitações prevê crime formal, que dispensa o resultado danoso para o erário.

A inexigência de prejuízo patrimonial, para a consumação do delito, não afasta, porém, a premência de que, para adequação da conduta à norma penal, sua prática revele desvalor maior para o ordenamento jurídico do que a observância parcial ou imperfeita de normas procedimentais.

INQ 3674 / RJ

Se, por um lado, o ilícito administrativo se aperfeiçoa com o atuar do Administrador Público que não esteja estritamente em consonância com o princípio da legalidade, a prática de um delito exige um diferencial na ação criminosa, uma conduta planejada e voltada finalisticamente a executar o delito e com ele obter um proveito criminoso de qualquer natureza.

Para incidência da lei penal, deve-se ter como norte, na magistral elocução de Maurach, a consideração de que *“na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”* (MAURACH, Reinhart. *Tratado de Direito Penal*. T. 1. Barcelona: Ed. Ariel, 1962, p. 31).

Diante das peculiaridades que envolvem a distinção entre, de um lado o ilícito cível e administrativo e, de outro, com maior desvalor jurídico, o ilícito penal, tenho buscado sistematizar critérios para análise da incidência ou não do art. 89 da Lei 8.666/93 no caso concreto.

Assim, busca-se reduzir o elevado grau de abstração da conduta estabelecida no tipo penal e, conseqüentemente, atender às exigências normativas do sistema jurídico-penal, máxime aos princípios da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da lesividade.

Entendo que podem ser estabelecidos **três critérios para a verificação judicial da viabilidade da denúncia** que narre a prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, respondendo-se às seguintes questões:

(i) Existe parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente? Quando o Administrador consulta a Procuradoria jurídica quanto à regularidade da dispensa ou da inexigibilidade, o parecer do corpo jurídico, quando lavrado de maneira idônea – sem indício de que constitua etapa da suposta empreitada criminosa -, confere embasamento jurídico ao ato, inclusive quanto à observância das formalidades do procedimento. Conseqüentemente, **o parecer jurídico favorável à inexigibilidade impede a tipificação criminosa da conduta**, precisamente por **afastar, a priori** – desde que inexistentes outros indícios em contrário -, **a clara ciência da ilicitude da inexigibilidade e**

INQ 3674 / RJ

determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância “*fora das hipóteses legais*” (art. 20 do Código Penal). Neste sentido: **Inq. 2482**, Tribunal Pleno, rel. originário Ministro Ayres Britto, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, j. 15/09/2011; **Inq. 3731**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016; **AP 560**, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 25/08/2015.

Para superação deste critério, deve-se indagar:

(ii) A denúncia indica o especial fim de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados? O crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, mercê de sua natureza formal, independe da prova do resultado danoso. Nada obstante, é exigível, para que a conduta do administrador seja criminosa, que a denúncia narre a finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, **ferindo, com isto, a ratio essendi da licitação, como sói ser a impessoalidade da contratação.** Neste sentido: **Inq. 3.965**, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 22/11/2016; **Inq. 4.104**, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 22/11/2016; **Inq. 4.106**, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 25/10/2016; **Inq. 4.101**, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 25/10/2016; **AP 700**, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 23/02/2016; **Inq. 3.731**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016; **Inq 2.688**, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 02/12/2014;

(iii) Há descrição do vínculo subjetivo entre os agentes no concursus delinquentium? A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93 a uma pluralidade de agentes demanda a **descrição indiciária, na exordial acusatória, da existência de vínculo subjetivo** entre os participantes para a obtenção do resultado criminoso, não bastando a mera narrativa de ato administrativo formal eivado de irregularidade. Especificamente no caso de crimes que não demandam a reunião de coautores e partícipes, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, para a execução do delito, a denúncia deverá narrar os indícios da união de desígnios entre os acusados, o liame psicológico apto a sinalizar,

INQ 3674 / RJ

que todos participam de uma empreitada criminosa comum. Assim, caso a denúncia indique que o Parecer Jurídico fez parte da divisão de tarefas da empreitada criminosa, ficará afastado Deveras, por não ser caso de autoria colateral, mas de coautoria e participação, a exordial acusatória será inepta se não proceder à descrição, ainda que mínima, da existência de um conluio entre os agentes no sentido da prática criminosa. Neste sentido: **AP 595**, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 25/11/2014.

Ainda que haja oscilações na jurisprudência, tenho me mantido fiel à compreensão de que esses critérios permitem que se diferencie, com segurança, a conduta criminosa definida no art. 89 da Lei 8.666/93, de um lado, das irregularidades ou ilícitos administrativos e de improbidade, intencionais ou negligentes, de outro.

À míngua desses elementos, ocorre evidente inépcia da denúncia.

DOS FATOS

i) Existe parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente?

In casu, constato que, efetivamente, a PGM foi consultada, quanto à necessidade de licitação, anteriormente à assinatura do Termo de Parceria entre o Município de Três Rios e a PROMUR.

O procedimento teve início com o envio de ofício da **Secretaria de Saúde para o Departamento de Licitação e Contratos Administrativos (DELICAD)**, solicitando *“a elaboração de Termo de Parceria, com base no Anexo I da Lei 9.790 de 23/09/1999, entre este Município e a PROMUR – Programa Multidisciplinar de Reabilitação, organização qualificada como OSCIP, através do Processo MJ nº 08000005633/2001, Decreto nº 3100 de 30/06/199 do Ministério da Justiça, com objetivo de moderniza e expandir os serviços prestados pela Secretaria de Saúde”* (fls. 41 do Apenso 2). A solicitação, subscrita pelo então Secretário de Saúde, Walter Luiz Ribeiro Lavinias, foi acompanhada de Planilha de Custos (fls. 42 do Apenso 2) e do programa da Proposta de Parceria (fls. 43/44 do Apenso 2). O Presidente da Comissão Permanente de Licitação participou do procedimento (fls. 45 do Apenso 2) que, em seguida, foi à Procuradoria-

INQ 3674 / RJ

Geral do Município de Três Rios.

Em seu alentado parecer (fls. 46/55 do Apenso 2), o Procurador-Geral do Município teceu considerações sobre a evolução do relacionamento entre a Administração Pública e o terceiro setor (ONGs, Organizações Sociais, OSCIPs), que culminou na edição das Leis 9.637/98 e 9.790/99 e do Decreto 3.100/99, perpassando por uma apreciação do ambiente institucional-legal de estímulo à estruturação das organizações da sociedade civil de interesse público. Em conclusão, assentou

“estar o Termo de Parceria pretendido perfeitamente esquadrinhado nas hipóteses determinadas pela lei nº 9.790/99, bem como nas hipóteses exemplificativas constantes do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, opinando pelo deferimento de sua formalização direta”.

Os Termos Aditivos seguiram o procedimento administrativo previsto, partindo de solicitação do Secretário de Saúde no sentido da prorrogação (v. fls. 108-verso e fls. 122, Apenso 2), autorizada pelo então Prefeito.

Há, ainda, um fato que merece destaque: em 2008, depois de mais de três anos de investigação, **o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da Procuradoria-Geral de Justiça, concluiu inexistir justa causa para oferecimento de denúncia pela prática do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93 ao ora Acusado.** Considerou-se, sobretudo, a existência de parecer jurídico favorável à inexigibilidade e a existência de divergência doutrinária sobre a necessidade de licitação em casos semelhantes. Transcrevo o seguinte trecho (fls. 237/239, vol. 1):

“Diversamente do que ocorre com as denominadas Organizações Sociais – OS, outras modalidade de qualificação jurídica inserida no ‘Programa Nacional de Publicização’ e regidas pela Lei nº 9.637/98, as Organizações Sociais de Interesse Público – OSCIPS, não estariam isentas, pelo artigo 24, da Lei nº 8666/93, de serem licitadas para cooperar com o Poder Público.

Nesse sentido, enfatiza o festejado mestre Sérgio de Andréa:

‘Não se contempla, outrossim, dispensa específica de licitação na contratação da OSCIP (cf. artigo 24, inciso XXIX, da Lei 8666/93, para as OS; e art. 1º da Lei 8958/94, para as

INQ 3674 / RJ

fundações de apoio). O Decreto nº 3.100, mero diploma regulamentar, prevê (art. 23), porém, concurso público para a escolha de OSCIP, objetivando a celebração de termo de parceria, na busca de entidade fornecedora de bens e serviços e 'para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria'. (As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações sobre seu Regime Jurídico, in Revista de Direito Administrativo, pág. 105-118).

A questão é, porém, controvertida, sustentando alguns, no caso das OSCIPS, dispensável a realização de certame pelo Poder Público não estando estas sequer sujeitas à Lei nº 8666/93.

Ademais, calcou-se o pacto em parecer de Procurador do Município, cujo teor em parte se transcreve:

[...]

Assim, sob este aspecto, dada a controvérsia reinante sobre o tema e diante do parecer jurídico em que se calcou o termo de parceria, salvo melhor juízo, enfraquecida se apresenta a justa causa para a propositura de ação penal.

[...]”.

Naquele momento, a Procuradoria de Justiça do Estado do Rio deu início a uma nova linha de investigação, que pretendia analisar a própria execução do termo de parceria e a prestação de contas. Porém, a investigação não foi adiante e, em 2013, os autos foram remetidos ao primeiro grau de jurisdição, em razão do fim do mandato do então Prefeito. Em seguida, a denúncia foi oferecida tipificando as condutas no art. 89 da Lei 8.666/93 e no art. 1º, XIII, do Dec.-Lei 201/67 (fato prescrito).

Conforme alinhavado anteriormente, a existência de **parecer do órgão jurídico especializado**, no sentido da licitude da dispensa ou da inexigibilidade da licitação, **constitui óbice ao enquadramento típico da conduta do administrador público que com base nele assine o Termo Contratual no exercício de sua função, salvo indicação de dolo de beneficiar a si mesmo ou ao contratado** e/ou narrativa mínima da existência de união de desígnios entre os acusados, para realização comum da prática delitiva, conforme reiterados julgados desta Corte, *in*

INQ 3674 / RJ

verbis:

“PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL. CRIME 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. 1. *A denúncia ostenta como premissa para seu recebimento a conjugação dos artigos 41 e 395 do CPP, porquanto deve conter os requisitos do artigo 41 do CPP e não incidir em nenhuma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. Precedentes: INQ 1990/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ de 21/2/2011; Inq 3016/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 16/2/2011; Inq 2677/BA, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 21/10/2010; Inq 2646/RN, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 6/5/010.* 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 nº 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*

INQ 3674 / RJ

Licitações – Lei nº 8.666/93. 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal” (Inq. 2482, Tribunal Pleno, rel. originário Ministro Ayres Britto, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, j. 15/09/2011).

“Inquérito. Competência criminal originária. Penal. Processo Penal. 2. Inépcia da denúncia. Peculato. Denúncia que descreve que desvio em proveito da administração. Descrição suficiente da finalidade. Denúncia apta. 3. Inépcia da denúncia. Inexigibilidade de licitação. Prejuízo à administração ou finalidade específica de favorecimento. Elementos não mencionados no texto da lei. Construção jurisprudencial. Não é exigível que a petição inicial os descreva com minudência. Denúncia apta. 4. Art. 312, caput, do Código Penal (peculato desvio). O desvio de recursos para finalidades públicas não configura o crime de peculato. O proveito à administração pública não se enquadra no conceito de proveito próprio ou alheio exigido pelo tipo penal. Desclassificação para o art. 315 do CP. Pronúncia da prescrição da pretensão punitiva em abstrato. 5. Art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação). Prova da inexigibilidade fora das hipóteses legais. Indícios de autoria. 6. Necessidade de demonstração de prejuízo ao erário e da finalidade específica de favorecimento indevido. Secretária de Estado. Pareceres pela conveniência e oportunidade da licitação e pela juridicidade da contratação direta. Ausência de indicativo de influência na escolha ou relação com a contratada. Preponderância da prova no sentido da inexistência do propósito de causar prejuízo ou favorecer indevidamente. 7. Denúncia rejeitada” (Inq. 3731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016).

“Ação penal. Inexigência de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Desmembramento da ação penal em relação a corréus sem prerrogativa de foro. Descabimento. Alegação de ofensa aos princípios do duplo grau de jurisdição, do juiz natural e da indivisibilidade da ação penal. Invocação de nulidade do processo pelo fato de a imputação se basear em denúncia anônima e em documentos não submetidos previamente ao contraditório e à ampla defesa, bem como pelo fato de ser inepta a denúncia. Preliminares rejeitadas.

INQ 3674 / RJ

Contratação direta, por município, de empresa especializada para assessoria e consultoria técnica na área de gestão cadastral e tributária. Singularidade do serviço e notória especialização da contratada configuradas. Juízo de adequação típica negativo. Inexistência, outrossim, de delegação de poder de polícia à contratada. Contratação, ademais, fundada em pareceres favoráveis da Procuradoria e da Controladoria-Geral do Município. Erro de tipo configurado. Ausência de dolo. Ação penal improcedente. 1. Desmembramento da ação penal em relação aos corréus que não detêm foro por prerrogativa de função. Descabimento. Inexistência de ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao juiz natural. Precedentes. Hipótese de continência por cumulação subjetiva (art. 77, I, Código de Processo Penal), em que duas ou mais pessoas são acusadas pela mesma infração. Condutas que se imbricam indissoluvelmente e devem ser analisadas em conjunto. Providência, ademais, não ordenada no primeiro momento em que o processo aqui aportou. Instrução do feito realizada perante o Supremo Tribunal Federal. Feito pronto para julgamento, cuja cisão, na presente fase processual, prejudicaria a compreensão global dos fatos e poderia levar ao pronunciamento de decisões contraditórias, o que deve ser evitado. 2. Denúncia. Oferecimento contra apenas um dos sócios da empresa contratada. Alegação de ofensa ao art. 48 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que os demais sócios também auferiram proveito. Descabimento. Hipótese em que o denunciado foi o único representante da contratada que assinou o contrato vergastado e que, em tese, comprovadamente concorreu para a consumação da ilegalidade (art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Denúncia contra os demais sócios da empresa pelo só fato de ostentarem essa condição, o que implicaria responsabilidade objetiva, vedada pelo direito penal. Princípio da indivisibilidade da ação penal, ademais, que não se aplica à ação penal pública. Precedentes. 3. Nulidade do processo. Alegação de que a imputação se baseou em denúncia anônima. Descabimento. Persecução penal lastreada em documentos públicos não albergados pelo sigilo, quais sejam, o contrato derivado da inexigibilidade de licitação e o procedimento administrativo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em que esse julgou

INQ 3674 / RJ

ilegal a contratação direta. Peças de informação extraídas de inquérito civil instaurado pelo Ministério Público. Denúncia anônima, outrossim, que foi objeto de procedimento administrativo preparatório do inquérito civil. Precedentes. 4. Alegação de que os documentos em que se lastreia a denúncia não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa. Descabimento. Peças extraídas de inquérito civil. Inaplicabilidade do princípio do contraditório à fase da investigação preliminar. Regra do art. 155 do Código de Processo Penal, a qual não se aplica ao juízo de admissibilidade da acusação. 5. Denúncia. Inépcia não configurada. Descrição suficiente do fato criminoso e de suas circunstâncias, a ensejar o pleno exercício do direito de defesa. Acusados que, no primeiro grau de jurisdição, apresentaram alentadas respostas à acusação, nos termos do art. 514 e 396 do Código de Processo Penal. Superfetação que, embora desnecessária, ensejou a possibilidade de os réus se defenderem amplamente da imputação. 6. Contratação direta de empresa especializada em assessoria e consultoria técnica na área de gestão cadastral e tributária, visando, dentre outros serviços, à implantação de cadastro técnico multifinalitário. Singularidade do serviço e notória especialização da contratada configuradas. Impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados, o que não é um plus que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93, e sim a consequência lógica da tipificação de uma dessas hipóteses. Contratada, ademais, que já havia prestado outros serviços de mesma natureza, mas de menor complexidade, à Prefeitura contratante e a outro município de grande porte da região. Empresa que gozava da confiança dos administradores. Juízo de adequação típica negativo. 7. Contratação direta de serviços de assessoria e consultoria técnica na área tributária. Inexistência de delegação de poder de polícia à contratada. Contratação, ademais, precedida de pareceres favoráveis da Procuradoria e da Controladoria-Geral do Município. Dolo ausente. Inexistência de consciência da eventual impossibilidade de delegação. Erro de tipo configurado. 8. Ação penal julgada improcedente” (AP 560, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 25/08/2015).

(ii) A denúncia indica o especial fim de lesar o erário ou promover

INQ 3674 / RJ

enriquecimento ilícito dos acusados?

Quanto ao segundo critério elencado (fim de obtenção de vantagem ilícita em detrimento do erário), percebe-se, no caso *sub judice*, que a denúncia não menciona a existência de indício de que o então Prefeito teria agido para o fim de obter algum proveito ilícito ou de beneficiar a OSCIP contratada, em detrimento do erário.

O tipo previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 tem como destinatário o administrador e adjudicatários **desonestos e não aos supostamente inábeis**. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta, ou simular a presença dos mesmos, são elementos do tipo, que não se perfaz a título de negligência, imprudência ou imperícia – caracterizadores de atuar culposos.

Em semelhante prisma, o Supremo Tribunal Federal registra reiterados arestos no sentido de que somente deve ser recebida a acusação, pela prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, quando existente indício do dolo de causar dano ao erário ou enriquecimento ilícito próprio ou alheio. Cito as seguintes ementas:

“Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 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-se 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 na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem 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

INQ 3674 / RJ

licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente” (Inq. 2616, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria, j. 29/05/2014).

“Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 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 nº 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

INQ 3674 / RJ

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 nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput)” (Inq. 3077, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria, j. 29/03/2012).

“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. 1. Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da investidura de sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas “b” e “c”, da CF/88 não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Precedentes. 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. 3. O simples fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado, hipótese

INQ 3674 / RJ

em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva. 4. Ação penal julgada improcedente” (AP 527, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 16/12/2010).

“Ação Penal. Ex-prefeito municipal que, atualmente, é deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorizasse a condenação do réu na condição de prefeito municipal, por haver dispensado indevidamente o procedimento licitatório para a contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal do Recife/PE. 2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida por parte do réu de 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. 3. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente, que tenha havido vontade livre e consciente do agente de lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 4. Por outro lado, o que a norma extraída do texto legal exige para a dispensa do procedimento de licitação é que a contratação seja de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. Há no caso concreto requisitos suficientes para o seu enquadramento

INQ 3674 / RJ

em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de dispensa de licitação. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 5. Acusação improcedente. 6. Ação penal julgada improcedente” (AP 559, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria, j. 26/08/2014).

“INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO DOS AUTOS EM RELAÇÃO A ACUSADO SEM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSAMENTO CONJUNTO COM OS DEMAIS ENVOLVIDOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM A MEDIDA E SEU COMPARTILHAMENTO JUNTADAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS E DISPONIBILIZAÇÃO DOS ÁUDIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS ALUDIDAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. COMPARTILHAMENTO COM AÇÃO PENAL RELATIVA A CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO MAJORADA (ART. 89, CAPUT, C/C ART. 84, § 2º, AMBOS DA LEI 8.666/1993). ATUAÇÃO EM CONFORMIDADE COM NORMAS LEGAIS E INFRALEGAIS VIGENTES. ERRO DE TIPO. PRECEDENTE. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (ART. 6º, 2ª PARTE, DA LEI 8.038/1990). 1. Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afigura-se suficiente, para adimplir a determinação do art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1995 e assegurar o direito de defesa dos acusados, o acesso à gravação dos diálogos aludidos pela denúncia, sendo dispensável a disponibilização de todo o material oriundo da interceptação telefônica (HC 91.207-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 21.9.2007; INQ 2.424, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26.3.2010; RHC 117.265, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI,

INQ 3674 / RJ

Segunda Turma, DJe de 26.5.2014; INQ 4.023, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 1º.9.2016). 2. Esta Corte já assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios colhidos por meio de interceptação telefônica autorizada judicialmente com processos criminais nos quais imputada a prática de crime punível com detenção (RE 810.906-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 14.9.2015; AI 626.214-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 8.10.2010; HC 83.515, Rel. Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, DJ de 4.3.2005), e até mesmo com processos de natureza administrativa (RMS 28.774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 25.8.2016). 3. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, os fatos em tese delituosos e as condutas dos agentes, com as devidas circunstâncias, narrando de maneira clara e precisa a imputação, segundo o contexto em que inserida. 4. O Convênio 001/2008, na visão do ex-Diretor-Geral do Transporte Urbano do Distrito Federal - DFTRANS e dos operadores do sistema de transporte público coletivo, encontrava embasamento em ato normativo da Secretaria de Transportes que regulamentava lei distrital. Conforme já decidido pela Segunda Turma em caso análogo, o erro sobre o elemento constitutivo do tipo “fora das hipóteses legais” (art. 89 da Lei 8.666/1993) exclui o dolo, nos termos do art. 20 do Código Penal (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.9.2015). Desse modo, afigura-se atípica a conduta atribuída a esses denunciados. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do “elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida” (INQ 2.688, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015). No caso, pelo que se colhe dos autos é possível se afirmar, desde logo, que não se encontra presente essa circunstância volitiva, o que revela a atipicidade, determina inclusive a improcedência da acusação, nos termos do art. 6º, 2º parte,

INQ 3674 / RJ

da Lei 8.038/1990. 6. Acusação julgada improcedente” (Inq. 3965, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 22/11/2016).

“Ação penal. Dispensa de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Tomada de preço. Contratos de locação de veículos. Termos aditivos. Prorrogação do prazo de vigência. Alegada violação do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Ausência de dolo. Fato atípico. Ordenação de despesas não autorizadas (art. 359-D do Código Penal). Acusado que, à época dos fatos, não mais detinha qualquer poder para ordenar as despesas em questão. Ação penal improcedente. 1. O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 pressupõe, 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. 2. Não se vislumbra, na conduta dos acusados de firmar termos aditivos, prorrogando a vigência de contratos de locação de veículos precedidos de licitação na modalidade de tomada de preços, o dolo de causar prejuízo ao erário. Atipicidade do fato reconhecida. 3. Uma vez que o acusado, à época dos fatos, não detinha mais poderes para ordenar despesas não autorizadas por lei, está provado que não concorreu de qualquer forma para o crime descrito no art. 359-D do Código Penal. 4. Ação penal julgada improcedente” (AP 700, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 23/02/2016).

“Inquérito. Competência criminal originária. Penal. Processo Penal. 2. Inépcia da denúncia. Peculato. Denúncia que descreve que desvio em proveito da administração. Descrição suficiente da finalidade. Denúncia apta. 3. Inépcia da denúncia. Inexigibilidade de licitação. Prejuízo à administração ou finalidade específica de favorecimento. Elementos não mencionados no texto da lei. Construção jurisprudencial. Não é exigível que a petição inicial os descreva com minudência. Denúncia apta. 4. Art. 312, caput, do Código Penal (peculato desvio). O desvio de recursos para finalidades públicas não configura o crime de peculato. O proveito à administração pública não se enquadra no conceito de proveito próprio

INQ 3674 / RJ

ou alheio exigido pelo tipo penal. Desclassificação para o art. 315 do CP. Pronúncia da prescrição da pretensão punitiva em abstrato. 5. Art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação). Prova da inexigibilidade fora das hipóteses legais. Indícios de autoria. **6. Necessidade de demonstração de prejuízo ao erário e da finalidade específica de favorecimento indevido. Secretária de Estado. Pareceres pela conveniência e oportunidade da licitação e pela juridicidade da contratação direta. Ausência de indicativo de influência na escolha ou relação com a contratada. Preponderância da prova no sentido da inexistência do propósito de causar prejuízo ou favorecer indevidamente. 7. Denúncia rejeitada**” (Inq. 3731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016).

“Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. Conexão e continência. Réus sem foro originário perante o Supremo Tribunal Federal. “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, a atração, por continência ou conexão, do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (Súmula 704). Eventual separação dos processos e consequente declinação do julgamento a outra instância deve ser analisada pelo Supremo Tribunal, com base no art. 80 do CPP. Tratando-se de delitos praticados em concurso de agente, não havendo motivo relevante, o desmembramento não se justifica. 5. Inépcia da denúncia. Um mínimo grau de generalização, no momento da descrição da conduta, não torna a denúncia inepta. Denúncia que descreve suficientemente a conduta dos imputados não é inepta. Preliminar rejeitada. 6. Prescrição da pretensão punitiva. Decurso do prazo prescricional quanto ao crime do art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/93, referente ao contrato 168/2001, celebrado em 2.7.2001. 7. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67. Peculato. Entendimento da maioria no sentido de que provada a inexistência de apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas. 8. Art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/93. Dispensa indevida de licitação. Tipicidade. Indispensabilidade do elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida. Entendimento da maioria no sentido de que provada a inexistência do

INQ 3674 / RJ

elemento subjetivo. 9. Decretação da extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, quanto ao crime do art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/93, referente ao contrato 168/2001, celebrado em 2.7.2001, decisão unânime. Absolvição liminar dos denunciados quanto ao restante, vencida a relatora” (Inq. 2688, Segunda Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 02/12/2014).

(iii) Há descrição do vínculo subjetivo entre os agentes no *concursum delinquentium*?

Por fim, ainda no que pertine ao preenchimento do terceiro e último critério para análise da viabilidade da denúncia, deve-se perquirir se a denúncia, ao narrar a prática de crime em concurso de agentes, indica a presença dos elementos configuradores da união de desígnios entre as condutas dos acusados, voltadas à prática criminosa comum.

Com base neste critério, é insuficiente simplesmente imputar o fato a vários agentes.

Tal procedimento da denúncia significaria que o delito seria produto da ação independente de cada um dos acusados, sem associação entre eles.

Para que haja coautoria ou participação, a dogmática penal exige a evidenciação de algum indício de acordo prévio revelador do liame psicológico entre os acusados.

Em regra, este elemento poderá ser obtido mediante depoimentos de testemunhos ou, ao menos, quando haja alguma demonstração de que todos obtiveram vantagem ilícita com a prática delituosa comum.

A doutrina diferencia o concurso de agentes em coautoria ou participação do instituto denominado Autoria Colateral, esta última caracterizada pela ausência de vínculo subjetivo entre os agentes que produzem um resultado típico – em regra **culposo**, na prática, como alguns delitos de trânsito.

Sobre o tema, vale registrar a lição de Francisco Muñoz Conde, *in verbis*:

“[...]”

c) *Coautoria*

INQ 3674 / RJ

É a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram consciente e voluntariamente. A coautoria é uma espécie de conspiração levada à prática [...]

Cada coautor responde pelo fato, sempre que este permaneça no âmbito da decisão comum acordada previamente. Qualquer tipo de excesso de um dos coautores repercutirá na forma de imputação subjetiva do resultado que se tenha produzido por excesso; assim, uns podem responder a título de dolo e outros a título de imprudência ou não responder em absoluto pelo excesso. Como na coautoria todos são autores do fato, pode acontecer que cada um responda por um título delitivo diferente. [...]

Distinta da coautoria é a autoria colateral, na qual várias pessoas, independentemente umas das outras, produzem o resultado típico, geralmente de um delito culposo¹
(BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 523/525).

Santiago Mir Puig, citando Jescheck e Welzel, também ressalta o elemento caracterizador da coautoria como sendo o “mútuo acordo” entre os agentes, *in verbis*:

“São coautores aqueles que realizam conjuntamente e de mútuo acordo um fato. [...] Os coautores repartem, entre si, a realização do tipo de autoria. [...] Para que esta imputação recíproca possa ocorrer, é preciso o ‘mútuo acordo’, que converte em partes

1 “c) Coautoría

Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica [...].

Cada coautor responde del hecho, siempre que éste permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso; así, unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o no responder en absoluto del exceso. Puesto que en la coautoría todos son autores del hecho, puede suceder que cada uno responda de un título delictivo diferente. [...]

Distinta de la coautoría es la autoría accesoria, en la que varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico, generalmente de un delito imprudente”.

INQ 3674 / RJ

de um plano global unitário as distintas contribuições.

[...]

*O art. 28 do Código Penal espanhol faz referência à coautoria quando diz que ‘são autores aqueles que realizam o fato conjuntamente’. Deve-se entender que esta expressão requer não apenas a execução conjunta, mas também que a mesma se efetue de mútuo acordo” (MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 358/359).*

Na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, destaco o seguinte precedente relacionado ao tema:

“APELAÇÃO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RATIONE MUNERIS (ART. 102, I, ‘B’, CRFB). PRELIMINARES. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO LEGISLATIVO PARA PROCESSAR O PREFEITO POR CRIME DE RESPONSABILIDADE. INÍCIO DO PROCESSO POSTERIOR AO FIM DO MANDATO. AUSENTE NULIDADE. CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. PRAZO PARA CUMPRIMENTO EXAURIDO. JULGAMENTO AUTORIZADO (ART. 222, § 2º, CPP). NÃO OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REQUISITOS DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95. EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL PENDENTE. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES. MÉRITO. CRIME DEFINIDO NO ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. NOMEAÇÃO DE SERVIDOR QUE CONTRARIOU DISPOSIÇÃO DE LEI MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE ERRO QUANTO À ILICITUDE DO FATO. ATOS ADMINISTRATIVOS PREVIAMENTE PRATICADOS COM POTENCIALIDADE DE DETERMINAR O ERRO. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE UNIÃO DE DESÍGNIOS DO PREFEITO COM OS DEMAIS AGENTES POSSIVELMENTE ENVOLVIDOS. ELEMENTOS COLHIDOS NO CURSO DA INSTRUÇÃO QUE REFORÇAM A DÚVIDA, NÃO AFASTADA POR OUTRAS PROVAS. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386,

INQ 3674 / RJ

VI, DO CPP. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de apelação criminal, na forma do art. 102, I, 'b', da Constituição, é assegurada nas hipóteses em que há diplomação, como membro do Congresso Nacional, de Réu condenado na primeira instância. 2. O art. 86, caput, da Constituição Federal, na sua exegese, impõe não seja exigida a admissão, pelo Legislativo, da acusação criminal contra o Chefe do Executivo, quando já encerrado o mandato do acusado. 3. A carta precatória não devolvida tempestivamente autoriza a realização do julgamento sem a oitiva da testemunha de fora da terra, sem prejuízo da sua posterior juntada (art. 222, § 2º, do CPP), sendo certo que, no caso sub judice, passaram-se três meses entre o envio da comunicação deprecada e a decisão de continuidade do procedimento. 4. É requisito para a suspensão condicional do processo "que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime", nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95 (RHC 79460, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1999; HC 85751, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/05/2005; HC 86248, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 08/11/2005; HC 86007, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/06/2005). 5. In casu: (i) o ora Apelante, na qualidade de Prefeito Municipal da cidade de Joinville/SC, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 ("Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei"), por duas vezes; (ii) narra a denúncia que o Apelante nomeou, em 10/02/2003 e 03/03/2004, duas pessoas, sucessivamente, para a ocupação de cargo público comissionado (Diretor Administrativo e Financeiro da Fundação Municipal de Vigilância), mediante remuneração, em desconformidade com lei municipal que determinava fosse o referido cargo ocupado pelo Diretor de Administração e Finanças da CONURB, sem qualquer remuneração em acréscimo pelo exercício dessa atribuição, a que título for (art. 2º da Lei Municipal nº 4.142/2000); (iii) o recebimento da denúncia ocorreu em 17/09/2009, quando o Apelante já não mais exercia o mandato de Prefeito Municipal; (iv) o juízo de primeiro grau

INQ 3674 / RJ

*condenou o acusado como incurso nas sanções do art. 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº. 201/67 c/c art.71, do CP (duas vezes), fixando a pena total de 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de detenção, substituída por restritivas de direito; (v) interposta apelação pela defesa, foi ela remetida ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do Apelante como Deputado Federal; (vi) o Apelante argumenta, em suma, que: (a) as portarias de nomeação foram previamente analisadas pela Procuradoria do Município e pelo Secretário de Administração; (b) teria o condenado incorrido em erro quanto à ilicitude, pois nomeou e exonerou 10.272 exercentes de cargos comissionados durante a sua gestão; (c) haveria nulidade da ação penal, por não ter sido, a denúncia, previamente admitida pela Câmara Municipal; (d) haveria cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunha de fora de terra; (e) não houve prejuízo ao Erário, pois os servidores nomeados exerceram suas funções; (f) a pena imposta é exagerada, pois o Apelante é Réu “sem antecedentes, de ótima conduta social, ausente personalidade violenta ou anti-social”. 6. O erro de direito consistente no desconhecimento da lei é inescusável, nos termos do art. 21 do Código Penal. É que esta presunção funda-se no fato de que a lei é do conhecimento de todos, porquanto pressuposto da vida em sociedade. Consequentemente, a ninguém é dado alegar seu desconhecimento para se furtar à incidência da sanção penal; maxime o Administrador Público, cuja atuação é regida pelo princípio da legalidade administrativa, que veda sua liberdade para atuar além do que estritamente autorizado em lei. 7. O erro sobre a ilicitude do fato, se invencível ou escusável, isenta de pena, nos termos do art. 21 do Código Penal. 8. A doutrina do tema é assente em que: a) “Apura-se a invencibilidade do erro, pelo critério já mencionado no estudo da culpa, consistente na consideração das circunstâncias do fato e da situação pessoal do autor” (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1. Introdução e parte geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 146). b) Esta espécie de erro elimina a consciência da ilicitude do comportamento, no abalizado magistério de Nilo Batista, verbis: “Se o agente não atua com a plena consciência da objetividade de sua ação, ou seja, sem a consciência do fato que realiza, atua em erro, em erro sobre o fato, que exclui o dolo na medida em que exclui um de*

INQ 3674 / RJ

seus componentes” (BATISTA, Nilo. Decisões criminais comentadas. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1976. p. 72). 9. O erro de direito e o erro quanto à ilicitude é timbrado pela doutrina nos seguintes termos: “O desconhecimento da ilicitude de um comportamento e o desconhecimento de uma norma legal são coisas completamente distintas. A ignorância da lei não pode confundir-se com o desconhecimento do injusto (ilicitude), até porque, no dizer de Francisco de Assis Toledo, ‘a ilicitude de um fato não está no fato em si, nem nas leis vigentes, mas entre ambos, isto é, na relação de contrariedade que se estabelece entre o fato e o ordenamento jurídico’. A ignorantia legis é matéria de aplicação da lei que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todas. Enquanto o erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecê-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal” (BITTENCOUR, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Geral. Vol. 1. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 403): 10. O erro quando determinado por terceiro submete-se à seguinte lógica jurídica: “Se quem comete o erro, a ele foi levado por outrem, responde este pelo fato, que será doloso ou culposo, conforme sua conduta. Se um médico entrega à pessoa da casa uma droga trocada, para ministrá-la ao enfermo, sobrevindo morte ou lesão deste, responde o profissional por crime contra a pessoa, doloso ou culposo, consoante o elemento subjetivo. [...] Cumpre notar que também o induzido pode agir culposamente: se uma pessoa entrega a outra uma arma, dizendo-lhe estar descarregada, e lhe sugere que, por gracejo, atire contra uma terceira, que vem a ser ferida, quem atirou pode igualmente agir com culpa” (NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 1. Introdução e parte geral. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 146). 11. In casu, o erro sobre a ilicitude do comportamento teria sido determinado por terceiros, agentes administrativos que, pelos atos que praticaram previamente à assinatura das nomeações ilegais pelo Prefeito, induziram o réu em erro, consoante configuração doutrinária exposta. 12. A dúvida razoável quanto à ocorrência de erro de ilicitude,

INQ 3674 / RJ

reforçada pelas circunstâncias fáticas e pela situação pessoal do autor, demonstrada nos autos, confere verossimilhança à tese defensiva e não afastada por outros elementos de prova, que indicassem a consciência da atuação ilícita. Com efeito, as manifestações prévias da Secretaria de administração, do Presidente da CONURB e da Procuradoria-Geral do Município induziram o acusado a uma incorreta representação da realidade, tese que ganha substância em razão da quantidade de nomeações assinadas simultaneamente e da ausência de indícios de que ele tenha agido em união de desígnios com aqueles agentes públicos, ou de que ao menos conhecesse os servidores nomeados, a comprovar o dolo de praticar crime de responsabilidade contra a Administração Pública Municipal. 13. A eventual negligência que se depreende dos autos distancia-se do dolo de praticar crime de responsabilidade contra a Administração Pública municipal. 14. Apelação à qual se dá provimento, para absolver o Apelante, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal” (AP 595, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 25/11/2014).

In casu, a denúncia não descreveu a existência de liame subjetivo entre os acusados na comissão do crime, que se imputou ao ora acusado (então Prefeito), em concurso de agentes com o Secretário de Saúde e com o então Presidente da PROMUR. Não menciona a existência sequer de um indício de atuação conjunta, de vínculo pessoal ou de ajuste entre os acusados, para obterem o proveito da empreitada criminosa.

Portanto, não foram preenchidos os três critérios sedimentados na doutrina e na jurisprudência, para que se considere presente a justa causa necessária ao recebimento da denúncia.

Paralelamente, o *Parquet* sustenta que a Pareceria teria servido de subterfúgio para contratar mão-de-obra em caráter não-eventual – como garis, mecânicos, dentre outros -, fato este que tipificaria o crime do art. 1º, XIII, do Dec.-Lei 201/67, que já se encontrava prescrito quando do oferecimento da denúncia.

A partir desta suspeita, a denúncia conclui que o Termo de Parceria firmado no âmbito da Secretaria de Saúde teria servido a propósitos desvinculados à pasta, tendo em vista a lista de pessoal contratado pela

INQ 3674 / RJ

PROMUR, a envolver profissionais de áreas inteiramente distintas da Saúde.

Para avaliar a verossimilhança desta tese acusatória, deve-se avaliar se há indícios nos autos de que o então Prefeito, ora acusado, estava a par das contratações dos prestadores de serviços de áreas distintas da saúde, no âmbito da mencionada Parceria.

In casu, extrai-se do Termo de Parceria (fls. 90 do Apenso 2) que não cabia ao Prefeito, mas ao Secretário de Saúde, Sr. Walter Luiz Ribeiro Lavinas - também denunciado na origem -, a Supervisão do efetivo cumprimento do Programa oferecido pela OSCIP.

Deveras, o Termo de Parceria foi firmado “*com a interveniência do Secretário de Saúde, Sr. Walter Luiz Ribeiro Lavinas, indicado pelo Município como Supervisor*” (fls. 90 do Apenso 2).

Consequentemente, da forma como está narrada a denúncia, configuraria atribuir responsabilidade penal objetiva ao Prefeito acusá-lo de ter autorizado ou sido conivente com a contratação, pela OSCIP, de prestadores de serviço não diretamente vinculados à área da Saúde.

Há, ainda, outra constatação digna de registro.

A análise dos documentos juntados aos autos, em suporte à denúncia, revela que a PROMUR firmou três Termos de Parceria com o Município de Três Rios, em **áreas distintas**. A denúncia trata de apenas um deles - o que teve por unidade gestora a Secretaria de Saúde. Os outros dois Termos foram firmados no âmbito de **outras pastas**: da Secretaria de Serviços Públicos (fls. 145/149 do Apenso 2) e da Secretaria de Meio Ambiente (fls. 265/268 do Apenso 3).

Observe-se que a lista geral enviada pela PROMUR, na qual informa todos os prestadores de serviços contratados com recursos do Município (fls. 137/141 do Apenso 2), diz respeito às três Parcerias, *i. e.*, não cuidou apenas do pessoal contratado para a concretização dos objetivos da Parceria no âmbito da Secretaria de Saúde, mas também das outras duas pastas. Ressalte-se que, nesta lista, constam 71 psicólogos, 111 médicos, 119 auxiliares de laboratório, 145 técnicos em radiologia, 146 médicos em radiologia e 150 protéticos contratados ao longo da parceria (fls. 140/141

INQ 3674 / RJ

do Apenso 2).

Por todo o exposto, diante da inespecificidade da denúncia, quanto à pertinência entre as contratações de prestadores de serviços e **cada uma das parcerias**, considero não ter sido demonstrada base probatória mínima para acoimar de criminosa a conduta do então Prefeito e ora Acusado, na assinatura da Parceria e dos termos aditivos firmados no âmbito da Secretaria de Saúde.

Assim, a meu sentir, a inicial falhou em demonstrar, **minimamente**, que o Prefeito, ao firmar o Termo de Parceria com a PROMUR, no âmbito da Secretaria de Saúde, e seus respectivos Termos Aditivos, teria também autorizado a contratação de pessoal terceirizado para o exercício de atividades fins exclusivas de servidores públicos.

DISPOSITIVO

Por último, cumpre registrar uma observação quanto à fórmula de julgamento utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes ao presente.

Como se extrai dos precedentes transcritos ao logo do voto, **as particularidades do caso** determinarão se o julgamento ficará restrito à **rejeição da denúncia por falta de justa causa**, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal; **ou se procederá à absolvição sumária do acusado**, quando presentes as hipóteses do art. 397 do diploma processual penal.

Eis o teor das normas legais, em tese, aplicáveis:

*“Art. 395. A denúncia ou queixa será **rejeitada** quando:
III - **faltar justa causa para o exercício da ação penal**”.*

*“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá **absolver sumariamente o acusado quando verificar**:*

I - a **existência manifesta de causa excludente da ilicitude** do fato;

II - a **existência manifesta de causa excludente da culpabilidade** do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado **evidentemente não constitui**

INQ 3674 / RJ

crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente”.

In casu, a investigação não se desincumbiu de reunir indícios mínimos da existência de vínculo subjetivo entre os acusados, voltado à obtenção de proveito criminoso.

Deveras, **a peça acusatória foi ofertada antecipadamente à reunião de elementos concretos** de que a Parceria entre o Município de Três Rios e a PROMUR teria sido fruto da ação criminosa do Prefeito acusado.

Consequentemente, trata-se de caso amoldável ao disposto no art. 395, III, do Código de Processo Penal, por restar ausente a justa causa necessária para dar início à ação penal.

Ex positis, **rejeito a denúncia**, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal (“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III - faltar justa causa para o exercício da ação penal”).

É como voto.

21/02/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, esse caso não é uma exceção, ele é bem paradigmático de como não funciona.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Serve ao laboratório sobre a prerrogativa de foro!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Como não funciona! Se eu precisasse de alguma confirmação, teria encontrado neste caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Porque ele foi, e voltou.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Veja, Vossa Excelência, o que aconteceu.

Os fatos que se imputam ao prefeito, hoje deputado, foram praticados quando ele era prefeito, lá no início dos anos 2000. Logo, como ele era prefeito, o foro competente era o Tribunal de Justiça. Porém, no momento do recebimento da denúncia, ele já não era mais prefeito. Então, o primeiro grau da Comarca de Três Rios recebe a denúncia. Depois do recebimento da denúncia, o investigado, que era suplente de deputado federal, assume o mandato; e aí o processo sobe da 1ª Vara da Comarca de Três Rios para o Supremo Tribunal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – E se assumir a Presidência da República, o processo-crime ficará suspenso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Bom, aí o processo, quando chega aqui para a Relatoria do Ministro Luiz Fux, vai ao Procurador-Geral da República, o qual constata: passado o tempo, uma das imputações já estava prescrita, a do Decreto-Lei nº 201/67. Assim, ele requer o reconhecimento da prescrição, e o Ministro-Relator, o eminente Ministro Luiz Fux, reconhece a prescrição de um dos crimes - o da contratação ilícita, do Decreto-Lei nº 201/67 -, e prossegue-se apenas

INQ 3674 / RJ

em relação ao crime do art. 89.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Crime de mão própria, de Prefeito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E aí, com o Ministro Luiz Fux e o Procurador-Geral da República conduzindo o processo, ele deixa de ter mandato novamente. Consequentemente, o processo baixa para a primeira instância, lá para Vara competente, a da Comarca de Três Rios. Passa-se o tempo, passam-se os anos, ele volta a assumir o mandato, e aí o processo sobe outra vez, para a relatoria do Ministro Luiz Fux.

Ninguém pode achar que esse sistema é feito para funcionar. Ele é feito para não funcionar. É feito para que se prescreva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Será que é esse mesmo o sistema?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso nós vamos discutir em Plenário.

Portanto, este processo evidencia a falência do modelo, mesmo para quem, por compreensíveis razões, possa ter entendido que o foro por prerrogativa se justificava. Como saberão todos, de 1824 a 1969, o País viveu sem foro por prerrogativa de função para parlamentares. A introdução do foro por prerrogativa vem com a Emenda Constitucional nº 1, outorgada pelo Ministro do Exército, da Aeronáutica Militar e da Marinha, com o Congresso fechado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O triunvirato.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, num momento em que o Congresso não desfrutava de qualquer poder efetivo e real, os seus membros ganham essa regalia, que depois foi potencializada pela Constituição de 88.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Mas tinham prestígio!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Para que ninguém me compreenda mal, numa democracia, política é gênero de

INQ 3674 / RJ

primeira necessidade. E local adequado de se fazer política e de se tomarem as decisões políticas é o Congresso Nacional. Por isso, qualquer ideia, qualquer providência que se cogite nessa matéria, é para fortalecer a política e fortalecer o Congresso, nunca para desprestigiá-lo. Quer dizer, não há democracia sem Poder Legislativo funcionando adequadamente, com credibilidade e legitimidade democrática. Deste modo, para desfazer a intriga, as minhas ideias - tanto de reforma política, quanto de reforma do foro - não são contra o Congresso, são a favor do Congresso, a favor do Poder Legislativo, a favor do restabelecimento da sua identificação com a sociedade brasileira. E, no que isso seja possível de ser feito por interpretação constitucional, eu creio que é o nosso papel; o que dependa de mudança normativa é papel do Congresso. Esse é o debate que propus.

Eu pego este caso, que é o primeiro depois da minha decisão da semana passada, porque ocorreu rigorosamente a mesma coisa: sobe, desce; sobe, desce; quando chega a hora de se apreciar, já ocorreu a prescrição.

Aqui nós, a Turma, temos - o Ministro Marco Aurélio, especificamente - uma posição, que nem é da Turma, é uma posição doutrinária em geral, de que o momento do recebimento da denúncia é *in dubio pro societate* e de que diversas das questões que foram suscitadas pelo Ministro Luiz Fux, inclusive a questão da existência ou não de dolo, em rigor, confundem-se com o mérito.

Porém, Presidente, feitas essas observações, que me parecem relevantes, aqui constato duas coisas: a primeira, seja lá o que nós decidamos, está prescrito, ainda quando não esteja prescrito pela pena em abstrato, estará prescrito pela pena em concreto, mesmo que se aplique uma pena alta, porque, pelo art. 89 da Lei de Licitações, a pena que incide sobre esta hipótese - dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses, art. 89 - é uma pena de três meses a cinco anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – A prescrição é em doze anos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Doze, da

INQ 3674 / RJ

pena em abstrato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Doze.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Os fatos foram praticados, salvo engano, em 2003.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É o último termo aditivo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, mesmo que recebamos, provavelmente estará prescrito. E ainda que se considerasse o aditivo como novo marco interruptivo, a pena *in concreto* estaria prescrita.

Contudo, há um outro fato que me impressiona e sobre o qual já temos precedente. O Ministro Luiz Fux destacou que o parecer do órgão técnico era um parecer pela legitimidade do reconhecimento da inexigibilidade. A menos que esteja caracterizado um erro grosseiro do órgão técnico ou um conluio entre a autoridade e o autor da manifestação jurídica - eu mesmo já votei assim -, eu tendo a achar que o prefeito não deve ser responsabilizado, se não tiver havido nada de errado na "encomenda do parecer". Porque o prefeito se fiar na sua Procuradoria me parece um comportamento legítimo - de novo, se o erro não for grosseiro e se não houver conluio.

Eu nem conheço o prefeito, particularmente, mas é preciso ter-se em conta que o Brasil tem mais de cinco mil municípios. Muitas vezes, o Executivo municipal é conduzido, como compreensível, por pessoas de grande simplicidade, sem maior conhecimento jurídico ou sofisticação, representativos da sociedade de muitos desses municípios. Então, exigir do prefeito que não tenha atuado para obter um parecer garantido, responsabilizá-lo por uma decisão do órgão de consultoria jurídica, penso que iria um pouco contra a realidade material do Brasil e, talvez, contra o que nós devêssemos considerar como justo, certo e legítimo.

Embora, como regra, a hipótese seria de recebimento - porque essas discussões são discussões, a meu ver, de mérito -, a leitura que o Ministro Luiz Fux fez, cuidadosa, do voto e que reproduziu aqui - e ele é que teve acesso aos fatos, e se convenceu, um juiz sério e duro como é Sua

INQ 3674 / RJ

Excelência - de que não havia crime, *prima facie*, constatável, somado à circunstância de que o parecer jurídico, inexoravelmente, estará prescrito, por esse conjunto de razões, Presidente, eu vou acompanhar o Relator. Mas, aqui, enfatizando que esta é a prova de que o sistema não funciona e de que - lembrando que o Brasil viveu de 1824 a 1969 sem foro, portanto foro não é da essência da democracia - praticamente nenhum país democrático desenvolvido pratica foro privilegiado na extensão que o Brasil pratica, inclusive extensivo a todos os parlamentares - salvo a Espanha, que eu saiba, nenhum outro país democrático pratica. Portanto, acho que esses elementos - a falta de funcionalidade do sistema, o fato de que ele não é uma exigência da democracia e o fato de que o mundo democrático não o pratica - são bons motivos para nós repensarmos a matéria.

Deste modo, Presidente, com essas considerações e cumprimentando o advogado pelo trabalho de qualidade empenhado, estou, igualmente, acompanhando o Relator. Eu não recebo a denúncia.

21/02/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, nos debates que temos travado no seio da Turma com relação a esse delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1990, temos feito uma distinção quanto às denúncias que imputam ao prefeito o crime pela simples condição de ser prefeito – e, nesse caso, temos concluído no sentido da inépcia da denúncia ou, em outras oportunidades, deixado de receber a denúncia –, e aquelas em que há a descrição da forma de participação do prefeito, ainda que pelo menos de uma maneira indireta. Aí examinamos, a partir dos elementos indiciários, se há possibilidade de, desde logo, reputar presente ou evidenciada a ausência de dolo. E temos ainda afastado o recebimento da denúncia por ausência de justa causa.

Nos últimos julgados daqui da Turma, em que enfrentamos esse delito, eu lembro a Ação Penal 912, que foi relatada pelo Ministro Luiz Fux, acompanhei Sua Excelência, na condição de revisora, concluindo no sentido tanto da ausência de justa causa quanto da inépcia. Estávamos tratando então de caso de um ex-prefeito de Campina Grande na Paraíba.

Já em ação penal por mim relatada, AP 580, eu propus, e Vossas Excelências me acompanharam, a absolvição do prefeito, o Deputado Federal Beto Mansur, por falta de prova suficiente do dolo. E ali havia, também, como há neste caso, a manifestação de órgãos técnicos do Município que embasariam, em tese, a inexigibilidade da licitação.

Entretanto, temos também um julgado recente e que envolve o mesmo investigado aqui, da relatoria do Ministro Edson Fachin. Sua Excelência nos propôs a negativa de provimento ao recurso, porque ali estávamos a julgar a apelação, já havia um juízo condenatório, na origem, e em função da assunção do mandato, veio-nos remetida a apelação. Julgamos a apelação e terminamos dando provimento parcial apenas para reajuste de pena. Também era uma questão, supostamente, de inexigibilidade de licitação, e tivemos uma compreensão diversa.

INQ 3674 / RJ

Aqui o que me impressionou, num determinado momento, foi a sustentação oral da doutora Ela Wiecko, quando Sua Excelência apontou alguns indícios que, na realidade, não favoreceriam um juízo, desde logo, de arquivamento.

E isso passava – pelo que compreendi, porquanto naturalmente esses elementos de prova, constantes do anexo, foram bem examinados pelo eminente Relator – por um memorando o qual teria sido enviado num momento anterior à apresentação do parecer; ou seja, apresentado o parecer – se bem me recordo, 2 de outubro –, no dia 3 de outubro, teria havido a homologação da dispensa da licitação. Porém, lá em agosto, ou seja, em um mês anterior, já teria havido, diante de uma proposta de convênio, um memorando que, pelo que compreendi, seria do prefeito, determinando que assim se procedesse. Seriam esses os elementos indiciários do dolo.

Nesse contexto, eu fico, sobretudo em função do nosso outro julgamento, no caso relatado pelo Ministro Fachin, Ação Penal 971, com alguma dúvida. Impressiona-me – sem prejuízo do belíssimo voto, como sempre, do Ministro Fux – a colocação do Ministro Luís Roberto no sentido de que resultado prático não haveria algum, porque cairíamos necessariamente na prescrição, no mínimo pela pena *in concreto*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu usei isso, Ministra Rosa, só pra esclarecer e não passar mensagem errada, como um *obiter dictum*; o Supremo não reconhece a prescrição da pena em perspectiva, nem eu estou endossando esse caminho.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não; mas seria por uma eventual pena *in concreto*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas acho que há risco de que pela pena em abstrato; e há esse componente específico do parecer que me impressionou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só um equívoco, para evitar...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esse ponto que Vossa Excelência levantou, que eu não havia captado; porém, ele é

INQ 3674 / RJ

primário ou ele já foi condenado pelo mesmo fato?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, seguramente um outro contrato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministra Rosa, somente uma correção, só um pequeno detalhe, porque eu não cometeria essa falha. O memorando não era do prefeito, o memorando era do secretário.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, não, não foi Vossa Excelência quem disse, foi colocado na sustentação oral..

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não foi um memorando do prefeito mandando...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Talvez eu tenha compreendido mal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Memorando do secretário.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O memorando foi do secretário, mas teria havido autorização do prefeito. Foi o que eu entendi da sustentação oral. Conforme eu disse, não examinei as peças dos autos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É. A procuradora evidentemente está numa linha completamente diferente da minha. Ela entende que a responsabilidade é objetiva.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, Sua Excelência pinçou um elemento dos autos que eu não examinei. E esse elemento é que estaria gerando em mim dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Claro.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Essa seria a colocação que fiz.

Tenho votado normalmente no sentido do *in dubio pro societate*, sobretudo quando estamos apreciando eventual presença do dolo – com essas ressalvas que fiz, e dizendo por que fiz –, entendendo que ao longo da instrução da ação penal é que vai se oportunizar, ou não, desde logo, a formação de uma convicção.

Estou fazendo essas colocações todas, e não votando desde logo,

INQ 3674 / RJ

porque inclinada a pedir vista dos autos, sobretudo em função de ter acompanhado o Ministro Fachin, naquele outro caso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Rosa, em função do fato que Vossa Excelência noticia, eu acho que pode ser uma boa ideia, que permita avaliarmos se é um caso de reincidência específica e que talvez me levasse a repensar a matéria.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pois é, essas são as minhas perplexidades.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Essa votação, a que Vossa Excelência se refere, do Ministro Fachin, certamente eu devo ter sido vencido. Acho que o Ministro Barroso também foi. Eu não tenho...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu também não tenho aqui todos os dados.

O SENHOR THIAGO MACHADO (ADVOGADO) - Presidente, Vossa Excelência me permite esclarecer alguns desses fatos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Ministro Relator?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Presidente, Vossa Excelência?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência comanda o processo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Pois não!

O SENHOR THIAGO MACHADO (ADVOGADO) - Com relação a esse processo que já foi processado e julgado, ele foi inicialmente julgado em primeiro grau, e o recurso foi apreciado por essa Corte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A apelação.

O SENHOR THIAGO MACHADO (ADVOGADO) - É, a apelação. Foi julgada, foi dado parcial provimento e está em pendência de embargos declaratórios, ainda que não foram apreciados.

Nesse precedente, em específico, era a construção de uma creche. E lá houve, falou-se em uma dispensa indevida porque só a segunda empresa - na verdade, uma primeira empresa deixou de cumprir a obra -, a segunda qualificada, que havia sido inabilitada, foi convidada para

INQ 3674 / RJ

terminar aquela obra. E, por isso, foi imposta a condenação ao então prefeito, em razão desse fato.

Vossa Excelência acompanhou o Ministro Fachin, àquela época.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência me permite indagar?

Então, nesse caso anterior, houve um julgamento pelo juízo de primeiro grau em um juízo condenatório, houve apelação para o Tribunal; e, diante da assunção do cargo de parlamentar, veio transferido o foro para o Supremo, e aqui julgou-se a apelação?

O SENHOR THIAGO MACHADO (ADVOGADO) - Perfeito; exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Foi isso que se passou.

O SENHOR THIAGO MACHADO (ADVOGADO) - Exatamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Foi o juízo de primeiro grau ou foi o Tribunal de Justiça?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O juízo de primeiro grau é que condenou.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, não sei se foi o juízo de primeiro grau ou...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Foi juízo de primeiro grau ou Tribunal de Justiça? O juízo de primeiro grau, porque deve ter sido julgado já depois do mandato. Aí, tem-se um julgamento a tempo e a hora.

O que me causa particular desconforto, é que estamos julgando, em fevereiro de 2017, fatos que ocorreram em outubro de 2002.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Até 2005; de 2002 a 2005.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Até 2005.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Término do último aditivo ao contrato.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, nós estamos julgando, a mais de 10 anos depois, quase 12 anos depois. No

INQ 3674 / RJ

caso anterior, o juízo de primeiro grau, com alguma proximidade com os fatos e com a época, produziu a sentença.

Agora, vamos julgar pela primeira vez? Veja, Vossa Excelência, que vamos receber a denúncia, em tese, depois vem toda a instrução, que não leva menos de ano, ano e meio, pelo menos, na média. Logo, vamos julgar, em 2018 ou 2019, os fatos ocorridos entre 2002 e 2005.

Quer dizer, uma justiça que se produz 15 anos depois...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Talvez o mandato como Deputado federal já esteja extinto; ele não tenha sido reeleito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, tem que baixar o processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Vai para a primeira instância.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, ninguém pode achar que isso é bom ou que isso faça sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – É.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, mas aí nós chegamos na outra questão, naquela questão prévia, colocada por Vossa Excelência, sobre a qual eu tenho, digamos assim, posição até bem solidificada. Não é o caso, porém, de, aqui, entrar nesse debate.

Por isso, Ministro Marco Aurélio, eu questiono Vossa Excelência: se Vossa Excelência tem convicção formada no sentido do voto do Relator...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Até aqui, estou acompanhando Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Aí, eu pediria vista, Ministro Marco Aurélio, porque não vou abrir uma divergência, sobretudo diante, do, sem dúvida, minucioso exame feito pelo Ministro Luiz Fux, sem examinar esses dados, que me surgiram, não do meu exame, pois não examinei os autos, repito, mas da sustentação oral da doutora Ela Wiecko.

Seria isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – A

INQ 3674 / RJ

quem conheço há muitos anos e desejo fazer justiça a Sua Excelência, que não preconiza, no campo penal, responsabilidade objetiva.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu, particularmente, entendi...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Ela tem o crime como estritamente formal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, mas, no campo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - É outra coisa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Quer dizer, à luz do caso concreto - eu tenho todo respeito, também, pela procuradora, imagina, funciona no nosso Plenário -, a divergência de entendimento não significa desrespeito pessoal. Vossa Excelência há de entender isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Nem eu tenho procuração de Sua Excelência para defendê-la!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas defendeu muito bem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Principalmente frente a um Colega!

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E nem vou invocar a condição da doutora Ela de minha colega de turma na Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mais um atributo, não é?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, então, pede vista?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Peço vista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Aguardarei o voto de Vossa Excelência.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.674

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S) : CELSO ALENCAR RAMOS JACOB

ADV.(A/S) : GUSTAVO DO VALE ROCHA (0013422/DF)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Relator, e Luís Roberto Barroso, que não recebiam a denúncia ante a falta de justa causa, pediu vista do processo a Senhora Ministra Rosa Weber. Falaram: a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal, e o Dr. Thiago Machado, pelo Investigado. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 21.2.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

07/03/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

VOTO VISTA

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, ilustres pares, trata-se de **inquérito** sob a relatoria do eminente **Ministro Luiz Fux**, em que **pedi vista** dos autos, na sessão do dia 21.02.2017, para melhor **refletir** sobre a matéria.

2. **Rememoro.** O **inquérito** foi instaurado para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 pelo **Deputado Federal Celso Alencar Ramos Jacob**, Prefeito do Município de Três Rios/RJ à época dos fatos, entre 03.10.2002 e 03.6.2005:

“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.”

3. Nos **termos da denúncia**, o acusado teria **deixado de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade de licitação**, ao formalizar **Termo de Parceria**, e **4 aditivos a ele**, com uma OSCIP, para o fim de *“contratar servidores para exercer cargos comuns à Administração Pública, os quais deveriam ser ocupados mediante a realização de concurso público ou através de contratação temporária, desviando-se, desta forma, do objeto contido no termo de parceria avençado”*.

4. O eminente Relator votou no sentido da **rejeição da denúncia** por **ausência de justa causa**, nos termos do art. 395, III, do CPP, sob o fundamento de que a **denúncia** não apresentou **indícios mínimos** *“de que a Parceria entre o Município de Três Rios e a PROMUR teria sido fruto da ação criminosa do Prefeito Acusado”*. **Reconheceu** Sua Excelência, ainda, que o **Parecer Jurídico**, ao avaliar a **contratação direta**, afastou a **ciência da ilicitude do acusado**; por fim, sustentou que a **denúncia** não descreveu

INQ 3674 / RJ

liame subjetivo e especial fim de agir, consistentes na intenção de **lesar o patrimônio público** ou **enriquecer ilicitamente** os envolvidos.

5. Na sessão de julgamento, a eminente Subprocuradora-Geral da República, **Ela Wiecko**, destacou, na sustentação oral, que o **Parecer Jurídico** fora elaborado somente *após* o **envio** de memorando ao Departamento de Licitações e Contratos Administrativos do Município, e *após* a “**autorização**” do então Prefeito, ora acusado **Celso**, para firmar a **contratação direta**. Tais elementos estariam a indicar que o intento do denunciado era desde o início firmar o Termo de Parceria com a Promur, independente de licitação.

6. Esse **ponto**, acrescido à **circunstância** de que o denunciado **Celso** foi recentemente **condenado** por esta Primeira Turma em razão de **atos análogos** aos ora em julgamento – refiro-me à AP 971, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 10.10.2016 –, motivou meu **pedido de vista**.

7. Acompanhamento das conclusões do voto do eminente Ministro Relator Luiz Fux no sentido da rejeição da denúncia.

8. Exponho, de forma breve, a **minha compreensão** sobre o tema.

9. No dia **14.8.2002**, o processo administrativo de **contratação direta** por inexigibilidade de licitação foi **deflagrado** pelo Secretário de Saúde do Município de Três Rios/RJ, mediante o envio, ao **Departamento de Licitação e Contratos Administrativos do Município**, do Memorando nº 033-A/2002/SS. Por **essa via**, “*solicitou a elaboração de Termo de Parceria*” entre o Município e a Promur (Programa Multidisciplinar de Reabilitação), organização qualificada como OSCIP (fl. 41, apenso 2).

9.1. No mesmo dia **14.8.2002**, **sobre o mesmo documento** em que firmada a **solicitação** pelo Secretário de Saúde, o denunciado **Celso**, enquanto Prefeito, **despachou** nos seguintes termos: “**Autorizo a elaboração do presente termo aditivo**” (fl. 41, apenso 2, destaquei).

INQ 3674 / RJ

10. Aqui está o ponto.

11. Não obstante o despacho do acusado Celso ter “autorizado” o “Termo Aditivo” logo no início do procedimento, o fato objetivo é que o Termo de Parceria somente foi firmado depois do cumprimento de todo o procedimento de inexigibilidade de licitação.

12. Vou à cronologia.

13. No dia 16.8.2002 – ou seja, após a “autorização” questionada pelo Procurador-Geral da República –, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Jorge Manoel Vieira Martins, solicitou informações sobre e existência de verba disponível para fazer face à despesa proposta (fl. 45, apenso 2). Paralelamente, no dia 02.10.2002, foi emitido o Parecer Jurídico, favorável à contratação direta, no âmbito da Procuradoria do Município de Três Rios/RJ (fls. 46-55, apenso 2).

13.1. No dia 3.10.2002, o Secretário de Fazenda, Odair Gama Junior, respondeu que havia dotação orçamentária (fl. 45, apenso 2). E, no mesmo dia 3.10.2002, o Termo de Parceria foi firmado pelo denunciado Celso (fls. 90-6).

13.2. A cronologia dos fatos atesta que o Termo de Parceria somente foi celebrado após o Parecer Jurídico indicar a legalidade do ato, e após o procedimento de inexigibilidade ter tracionado em diversas esferas da burocracia estatal.

13.3. Nesse contexto, leio que o “autorizar” do acusado não gerou o efeito jurídico de efetivar a contratação direta, apenas deu encaminhamento à solicitação do Secretário de Saúde do Município, que propôs a ele a contratação direta. Tratou-se, em verdade, de um despacho mal redigido, suficiente para autorizar a interpretação atribuída pelo eminente Procurador-Geral da República, mas incapaz, na minha compreensão, de indiciar conduta dolosa ao feitiço exigido pelo art. 89 da Lei nº 8.666/1993. Há certo exagero na premissa. Perceba-se – a

INQ 3674 / RJ

revelar o **possível descuido**, mas não o **dolo** – que o despacho “**autorizou**” a elaboração do “**termo aditivo**”, quando a **solicitação** a que se referia dizia com a **elaboração de Termo de Parceria** – instrumento original.

14. Essa Primeira Turma tem decidido que a norma do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é dirigida não ao administrador **inepto, descuidado, pouco afeito às rotinas burocráticas**, mas àquele **venal, mal-intencionado, desonesto, larápio**. Penso que não é o caso, ao menos na situação retratada nos presentes autos.

15. Em **casos análogos** tenho votado aqui nesta Primeira Turma acompanhando, na essência, o **mesmo raciocínio** do eminente Ministro Relator. Tenho dito que a **dispensa e a inexigibilidade** de licitação, quando precedidas de **Parecer Jurídico** emitido pelos órgãos técnicos do Município, gozam de **boa-fé presumida**, a qual só cede caso presentes **elementos externos** que indiciem a possibilidade de **desvio de finalidade**, ou de **conluio** entre o **gestor** e o responsável pelo **Parecer**, em ordem a **vincular**, o gestor, como **mentor intelectual** dos crimes, ou **pessoalmente responsável** pela **escolha** da empresa beneficiada (AP 580, de minha relatoria, Primeira Turma, Dje 09.2.2017, Inq 2578, Rel. Min. Ricardo Lewandovski, Tribunal Pleno, DJe 17.9.2009, e AP 683, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 24.8.2016).

15.1. Transportando a **premissa** ao caso concreto, para justificar que o denunciado atuou **dolosamente** para a prática do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, seria necessário demonstrar, **indiciariamente**, já na **denúncia**, que os atos que sucederam à solicitação do Secretário de Saúde foram, na verdade, **forjados**, em razão de uma **unidade de desígnios**, de um **acordo criminoso**, entre o então Prefeito e os demais envolvidos na trama burocrática.

15.2. Tal ordem de narrativa **não consta da denúncia**. Sequer, portanto, é o caso de afirmar a **inexistência** de dolo – hipótese **excepcional** na presente fase –, bastando **reconhecer** que o dolo nem

INQ 3674 / RJ

mesmo **integrou a narrativa da denúncia**, nos termos postos.

16. Acompanho o eminente Relator, também, quanto ao fundamento da **omissão da peça acusatória** em descrever o **especial fim de agir**. Como se sabe, o **especial fim de agir**, embora tecnicamente **não se confunda** com o **dolo**, pois este “(...) *esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo*” –, **amplia** o aspecto subjetivo do tipo (BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 162).

16.1. O **especial fim de agir**, no delito licitatório em questão, independe do **efetivo dano ao erário**, mas **não prescinde** da descrição, na denúncia, de elementos que indiciem a **intenção de causar o prejuízo**. Este é o entendimento consolidado na jurisprudência desta Suprema Corte¹ e que não foi, **na minha compreensão**, atendido no **caso concreto**: como bem esclareceu o eminente o Relator “[p]ercebe-se no caso sub judice, que a denúncia não menciona a existência de indício de que o então Prefeito teria agido para o fim de obter algum proveito ilícito ou beneficiar a OSCIP contratada, em detrimento do erário”.

17. Por fim, assento que o **caso em mesa é diferente** daquele **recentemente** julgado na AP 971, acima referida, via da qual **condenado** o acusado **Celso** pelo mesmo delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

17.1. No citado caso, estávamos a analisar uma **dispensa de licitação** ocorrida no ano de 2002, referente à construção de uma **creche** no Município de Três Rios/RJ, na qual o acusado **Celso**, como Prefeito, justificou a **contratação direta** com a **declaração** de uma suposta **situação de emergência** no Município, a qual foi reconhecida como **inexistente** por esta Suprema Corte.

1 AP 580, de minha relatoria, Primeira Turma, Dje 09.2.2017, Inq. 3.965, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 700, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli; Inq. 3.731, Segunda Turma, Rel. Min. Luiz Fux.

INQ 3674 / RJ

17.2. Compreendeu esta Primeira Turma – vencido, em parte, o eminente Ministro Marco Aurélio – na esteira do **voto do eminente Relator**, que o **Parecer Jurídico** era um **dado isolado** no contexto das **outras provas**, pois, *“o apelante expediu um decreto, entrou em conluio com outros corrêus, contratou com empresa inabilitada, falsificou uma lei, determinou o pagamento de verba que só poderia ser paga com a lei falsificada, enfim, praticou uma série de atos, anteriores e posteriores, que revelam não se tratar de mero equívoco na compreensão da correta aplicação da lei. Ao contrário, tratou-se de persistente inclinação à afrontá-la diretamente”*.

17.2. A **coerência sistêmica** dos julgamentos nos **processos criminais** não impõe **necessariamente** adotar **soluções idênticas** para casos cujas **teses jurídicas** sejam semelhantes. É a **dinâmica probatória** – na verdade, o **caráter circunstancial** das provas produzidas nos autos – que **distingue** a **solução** de um **caso** para **outro**. No âmbito do processo penal, a **máxima** de que *“cada caso é um caso”* é quase um **dogma de procedimento**, e com isso **reafirmo** que o presente caso é **distinto** do que tratamos recentemente na mencionada AP 971.

18. Ante o exposto, acompanho o Ministro Luiz Fux para **rejeitar a denúncia**, forte no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

07/03/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.674 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Concebo o tipo do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, Lei das Licitações, como estritamente formal, dispensado quer o dolo específico, quer a existência de prejuízo para a Administração Pública.

Foi apresentada peça realmente sintética, em termos de inicial da ação penal, de denúncia, mas atende ao figurino legal. Por quê? Em primeiro lugar, porque chefia o Executivo municipal não o procurador que assista juridicamente o Município, mas o prefeito, ou seja, o titular do cargo maior do Executivo. O parecer da Procuradoria é uma peça opinativa, não exime aquele que pode, ou não, observá-lo da responsabilidade, no que venha a dispensar licitação em situação jurídica que não se enquadre no artigo 25, a conter o rol das situações que afastam a licitação, da Lei nº 8.666/1993.

Houve mais. E isso consta do item VIII da denúncia. É que a manifestação do Procurador se fez após pinçar-se essa organização civil como a possível contratada em parceria público-privada.

Consta do item VIII:

"8. A elaboração do parecer jurídico requerido pelo então Secretário Municipal de Saúde é **posterior ao Memorando Especial nº 033-A/2002/SS**, que solicitou a elaboração do Termo de Parceria, (...)."

A solicitação obviamente apontou quem seria a contratada para arregimentar nada menos, nada mais, do que 180 prestadores de serviços das mais diversas áreas. Confesso que, em relação a alguns, não conheço nem a função que poderia ser exercida, como é o caso dos 3 calceteiros – o que é calceteiro, em termos de qualificação trabalhista profissional? Não sei. Mas foram contratados 7 médicos, 1 protético, 2 lavadores de veículos, 13 garis, 2 professores – e contratou-se pouco nesta última área tão carente no Brasil, que é a da Educação.

INQ 3674 / RJ

Por isso, peço vênua ao Relator, e também aos Colegas que o acompanharam, para receber a denúncia.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.674

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S) : CELSO ALENCAR RAMOS JACOB

ADV.(A/S) : THIAGO MACHADO DE CARVALHO (0026973/DF, 26973/DF)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Relator, e Luís Roberto Barroso, que não recebiam a denúncia ante a falta de justa causa, pediu vista do processo a Senhora Ministra Rosa Weber. Falaram: a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal, e o Dr. Thiago Machado, pelo Investigado. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 21.2.2017.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não recebeu a denúncia, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Primeira Turma, 7.3.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma