

02/02/2016

SEGUNDA TURMA

INQUÉRITO 3.731 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**

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.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas

INQ 3731 / DF

taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a denúncia quanto ao peculato, desclassificá-lo para a conduta do CP 315, pronunciar-lhe a prescrição e a extinção da punibilidade; e, rejeitar a peça acusatória quanto ao crime da Lei 8.666/93, art. 89, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de fevereiro de 2016.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

18/08/2015

SEGUNDA TURMA

INQUÉRITO 3.731 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Procurador-Geral da República ofereceu denúncia contra MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE, pela prática dos crimes do art. 312, *caput*, do Código Penal (peculato desvio) e do art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação).

Narrou a denúncia que, valendo-se da qualidade de Secretária de Educação e Cultura do Estado do Tocantins, a denunciada desviou R\$ 1.287.174,87 (um milhão, duzentos e oitenta e sete mil, cento e setenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), de convênio entre o Estado e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em proveito da administração estadual. Do total, R\$ 262.382,08 (duzentos e sessenta e dois mil, trezentos e oitenta e dois reais e oito centavos) teriam sido revertidos, em 7.6.2006, em favor do Instituto de Gestão Previdenciária do Tocantins – IGEPREV; e R\$ 1.024.792,29 (um milhão, vinte e quatro mil, setecentos e noventa e dois reais e vinte e nove centavos) teriam sido revertidos, em 5.11.2006, em favor do Estado, para quitação da folha de pagamento.

Outrossim, em 6.11.2006, valendo-se da qualidade de Secretária de Educação e Cultura do Estado do Tocantins, a denunciada teria deixado de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, para contratação da Rebouças Consultoria Empresarial para prestar serviços de capacitação de professores do EJA 3º Segmento.

Notificada, a denunciada ofereceu resposta (fls. 3102-3142). Arguiu a

INQ 3731 / DF

inépcia da denúncia, por falta da descrição do dolo específico – quanto ao peculato, a finalidade de apropriação “em proveito próprio ou alheio” e, quanto à dispensa de licitação, a finalidade de causar prejuízo à administração. Sustentou a atipicidade do peculato, visto que o desvio teria ocorrido em proveito da própria administração. Alegou que os recursos foram usados para pagamento de pessoal apenas porque ingressaram no caixa único, sem que isso tenha representado prejuízo à execução do convênio. Quanto à dispensa de licitação, afirmou que a Rebouças Consultoria Empresarial Ltda. tem notória especialização no ramo de treinamento. Acrescentou que a prestadora deveria desenvolver arcabouço metodológico específico, tratando-se de serviço prestado em caráter singular. Afirmou que o treinamento incluiu a participação de psicólogos, e a contratada teve que produzir material pedagógico – livro e vídeo – específicos. Prosseguiu, relatando que a hipótese foi tida como de inexigibilidade da licitação pelos órgãos jurídicos de consultoria. Assim, a licitação seria, de fato, inexigível. Impugnou as conclusões do laudo que imputou sobrepreço à contratação. Afirmou que, muito embora contratado o treinamento de oito turmas, executou-se dez. Acrescentou que os concorrentes apresentaram propostas de valor mais elevado. Pugnou pela rejeição da denúncia.

É o relatório.

18/08/2015

SEGUNDA TURMA

INQUÉRITO 3.731 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Procurador-Geral da República ofereceu denúncia contra MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE, pela prática dos crimes do art. 312, *caput*, do Código Penal (peculato desvio) e do art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação).

Inépcia da denúncia. A denunciada arguiu a inépcia da denúncia, por falta da descrição do dolo específico – quanto ao peculato, a finalidade de apropriação “em proveito próprio ou alheio” e, quanto à dispensa de licitação, a finalidade de causar prejuízo à administração.

Conforme art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”.

No que se refere ao peculato, a denúncia descreve que o desvio teria sido praticado em proveito da administração estadual, detalhando a destinação dos recursos – ao Instituto de Gestão Previdenciária do Tocantins – IGEPREV – e ao próprio Estado, para quitação da folha de pagamento.

Ou seja, a finalidade está descrita.

Se tal finalidade é compatível com o crime de peculato é questão referente à tipicidade.

No que se refere à inexigibilidade de licitação, o tipo do art. 89 da Lei 8.666/93 não menciona prejuízo à administração ou finalidade específica. Esses requisitos são agregados por construção doutrinária e jurisprudencial.

Por serem elementos não descritos no texto da lei, ainda que se tenham por indispensáveis à condenação, não é exigível que a petição inicial os descreva com minudência.

INQ 3731 / DF

No caso concreto, a denúncia descreve irregularidades na contratação e prejuízo dela decorrente.

Esses elementos são suficientes para uma denúncia apta.

Rejeito a preliminar.

Justa causa. A denúncia imputa os crimes do art. 312, *caput*, do Código Penal (peculato desvio) e do art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação).

No que se refere ao **peculato**, narrou a denúncia que, valendo-se da qualidade de Secretária de Educação e Cultura do Estado do Tocantins, a denunciada desviou R\$ 1.287.174,87 (um milhão, duzentos e oitenta e sete mil, cento e setenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), de convênio entre o Estado e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em proveito da administração estadual. Do total, R\$ 262.382,08 (duzentos e sessenta e dois mil, trezentos e oitenta e dois reais e oito centavos) teriam sido revertidos, em 7.6.2006, em favor do Instituto de Gestão Previdenciária do Tocantins – IGEPREV; e R\$ 1.024.792,29 (um milhão, vinte e quatro mil, setecentos e noventa e dois reais e vinte e nove centavos) teriam sido revertidos, em 5.11.2006, favor do Estado, para quitação da folha de pagamento.

Nem mesmo em tese, o fato narrado subsume-se ao tipo penal do peculato.

Os recursos teriam sido desviados ao Instituto de Gestão Previdenciária do Tocantins – IGEPREV – e ao próprio Estado, para quitação da folha de pagamento.

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. Nesse sentido, há precedente do STF – AP 375, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 27.10.2004.

Em tese, a conduta de desviar recursos de sua finalidade legal para outra finalidade pública configura o crime de emprego irregular de verbas públicas, previsto no art. 315 do CP:

INQ 3731 / DF

“Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”

Tendo em vista que este crime tem pena máxima cominada inferior a um ano, há muito decorreu o prazo de prescrição, na forma do art. 109, VI, do CP.

Assim, quanto ao peculato, a acusação é inviável.

Quanto à inexigibilidade de licitação, narrou a denúncia que, em 6.11.2006, valendo-se da qualidade de Secretária de Educação e Cultura do Estado do Tocantins, a denunciada teria deixado de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, para contratação da Rebouças Consultoria Empresarial para prestar serviços de capacitação de professores do EJA 3º Segmento.

A inexigibilidade foi fundada no art. 25, II, da Lei 8.666/93. Ou seja, o objeto da contratação foi enquadrado como “serviço técnico de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, de natureza singular, com profissionais de notória especialização”.

A hipótese não se enquadra ao dispositivo legal.

A Rebouças formulou proposta para prestar o serviço contratado (fls. 272-291). A proposta, muita embora contenha fotos de “outras experiências desenvolvidas” (fls. 298-299), não demonstra a especialização da proponente quanto ao objeto da contratação.

Foram acostados atestados de capacidade técnica que, no entender da administração, demonstrariam a notória especialização da pessoa jurídica Rebouças para realizar o treinamento pretendido – capacidade de educadores do Ensino de Jovens e Adultos, EJA (fls. 321-326).

Nenhum deles diz com formação de educadores. Há alguns que tratam de capacitação e aperfeiçoamento de pessoal, mas voltados para as áreas de administração e marketing.

É certo que a proposta foi instruída com currículos de educadores que estariam envolvidos na prestação do serviço.

INQ 3731 / DF

No entanto, essa circunstância não serve para atestar a capacidade técnica da prestadora.

A própria defesa ressalta que a prestadora teve ônus específicos na execução do contrato – desenvolver material pedagógico, realizar treinamento abrangente, incluindo aspectos pedagógicos e psicológicos.

Disso se extrai que o diferencial do serviço seriam atividades de caráter tipicamente empresarial – exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, art. 966 do Código Civil. Não estamos no campo do exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Daí se extrai que as competências dos profissionais envolvidos são elementos de empresa, na medida em que se inserem no todo da prestação – art. 966, parágrafo único, Código Civil.

Ou seja, a hipótese legal de inexigibilidade de licitação invocada não se aplica.

Além disso, há outros elementos que indicam que a escolha da Rebouças e a justificativa de preço da contratação não decorreram de avaliação das necessidades da administração e pesquisa consistente do mercado.

A denunciada sustentou que o serviço oferecido pela Rebouças tinha diferenciais específicos e mais qualificados do que possíveis concorrentes. Afirmou que o treinamento incluiu a participação de psicólogos, e a contratada teve que produzir material pedagógico – livro e vídeo específicos.

No entanto, o que se extrai do processo administrativo é que a administração não apurou a conveniência de contratar o serviço em função das especificidades da proposta.

Verifica-se que a administração não fez projeto dos serviços que pretendia contratar, como exigido pelo art. 7º da Lei 8.666/93.

Ao que se tem no processo administrativo, recebeu a mencionada proposta da Rebouças e, com base nela, decidiu a contratação.

A justificativa da contratação faz menção apenas à proposta da Rebouças. Tal documento, datado de 12.9.2006, é assinado pela servidora

INQ 3731 / DF

Luzia America Gama de Lima (fl. 268). Da mesma forma, a solicitação de autorização de contratação, da coordenadoria do ensino médio à Secretária de Educação, datada de 14.6.2006 (fl. 255).

Tampouco houve justificativa inicial do preço da contratação, exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/93, para as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Nesse ponto, resalto que Procuradoria Administrativa opinou pela viabilidade da contratação, mas alertou para a necessidade da justificativa de preços (fls. 560-566). No entanto, a Procuradora-Geral do Estado em Substituição, Rosanna M. F. Albuquerque, considerou que a adoção de parecer anterior supriria a necessidade (fl. 567). O parecer mencionado não faz qualquer menção à justificativa do preço.

A decisão sobre a dispensa da licitação foi tomada pela denunciada, então Secretária de Educação e Cultura, em 6.11.2006 (fl. 600).

Só então sobreveio a Nota de Orientação Técnica 961/2006, de 29.11.2006, da Coordenadoria de Fiscalização do Estado, expressamente aponta a falta de justificativa do valor e de especificação da escolha da contratada (fl. 642).

No dia seguinte, houve tentativa de justificar a escolha da Rebouças, comparando sua proposta a outras empresas do mercado (fls. 643-645).

A realização da pesquisa de mercado após a escolha da fornecedora, muito embora não prove, por si só, qualquer ilícito, levanta suspeita para o direcionamento indevido da contratação.

De qualquer forma, esses são elementos adicionais a indicar que a contratação direta não foi a decisão juridicamente correta.

A contratação indevida foi materializada pela assinatura do Contrato 1/2007, datado de 19.1.2007 (fls. 689-692).

Assim, há prova de que a licitação foi considerada inexigível, fora das hipóteses legais. Os indícios de autoria recaem sobre a denunciada, que adotou pessoalmente o ato.

No entanto, a jurisprudência interpreta o art. 89 da Lei 8.666/93, para exigir o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento

INQ 3731 / DF

indevido como necessários à adequação típica – Inq 2616, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014:

“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 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 3731 / DF

O objetivo desse entendimento é separar os casos em que a dispensa buscou efetivo favorecimento, daqueles em que decorreu de interpretação equívoca das normas, ou mesmo puro e simples erro do administrador.

No presente caso, vislumbro indicativos de que houve prejuízo ao erário com a contratação.

O Laudo de Perícia Criminal Federal 656/2014, buscou avaliar o preço pago pelo serviço oferecido (fls. 2986-2997). A perícia reconhece dificuldades em avaliar o preço pago, tendo em vista as especificidades do serviço e o tempo decorrido desde sua execução. Ainda assim, comparando com outro contrato de treinamento de educadores do próprio Estado do Tocantins, constata que o valor da hora-aula pago à Rebouças foi apenas pouco superior ao da outra contratação.

No entanto, à Rebouças foram indenizadas despesas administrativas – despesas de viagem, traslado, diárias e passagens – que foram assumidas pela prestadora no outro contrato.

Ou seja, o preço total pago no contrato mencionado na denúncia foi muito superior.

Além disso, os treinamentos eram encerrados por atividade de preço elevado e de difícil avaliação de custo – palestra com pessoa de renome nacional para cada polo de treinamento.

Daí a conclusão pericial de que, dos R\$ 498.768 (quatrocentos e noventa e oito mil, setecentos e sessenta e oito reais) contratados, R\$ 416.848 (quatrocentos e dezesseis mil, oitocentos e quarenta e oito reais) foram excessivos.

É certo que essa é uma avaliação inicial, cuja metodologia pode ser contestada. No entanto, representa um indicativo de que o contrato causou prejuízo considerável ao erário.

A despeito disso tudo, os elementos não demonstram que a denunciada tenha agido com intenção de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada.

A denunciada era Secretária Estadual de Educação e Cultura. Recebeu a indicação da contratação direta com avaliação de conveniência

INQ 3731 / DF

e oportunidade feita por escalões inferiores da administração (fls. 255 e 268), e de legalidade por parte da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 560-567).

Não há nenhum elemento indicando que a denunciado tenha pessoalmente influenciado a escolha. Nada aponta para relação com a contratada.

Indo além, o contrato, considerada a dimensão da administração estadual, é de valor modesto.

Assim, em princípio, os elementos levam a crer que a denunciada agiu de acordo com a crença de que a contratação era conveniente e adequada e de que a licitação era inexigível de acordo com os critérios jurídicos.

O mais crível no contexto é que a decisão pela inexigibilidade decorreu de uma falha no dever de fiscalizar os atos propostos pelas instâncias administrativas inferiores e pela Procuradoria do Estado.

Por isso, não vislumbro elementos suficientes para apontar para a vontade de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada. Na pior das hipóteses, a prova aponta para agir culposo da denunciada, irrelevante do ponto de vista penal.

Ante o exposto, rejeito a denúncia:

a) quanto à acusação da prática do crime do art. 312 do CPP, desclassificando a conduta para o art. 315 do CP, na forma do art. 383 do CPP, e pronunciando a prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, VI, do CP;

b) quanto à acusação da prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, na forma do art. 395, III, do CPP.

18/08/2015

SEGUNDA TURMA

INQUÉRITO 3.731 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**

VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se o Ministro Gilmar não tivesse nenhuma objeção, gostaria de pedir vista, porque estou com alguns inquéritos sobre esse art. 89.

Então, em face, inclusive, de algumas alegações do Ministério Público, especificamente sobre esse artigo, gostaria de pedir vista.

02/02/2016

SEGUNDA TURMA

INQUÉRITO 3.731 DISTRITO FEDERAL

VOTO - VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Denúncia apresentada pelo Procurador-Geral da República contra a Deputada Federal Maria Auxiliadora Seabra Rezende, imputando-lhe a prática dos crimes previstos no art. 312, *caput*, do Código Penal (peculato - desvio) e no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei).

Em síntese, narra-se na denúncia que, no exercício do cargo público de Secretária de Educação e Cultura do Estado do Tocantins, a Denunciada desviou R\$ 1.287.174,87 (um milhão, duzentos e oitenta e sete mil, cento e setenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), de convênio entre o Estado e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em proveito da administração estadual.

Afirma o Ministério Público Federal que R\$ 262.382,08 (duzentos e sessenta e dois mil, trezentos e oitenta e dois reais e oito centavos) teriam sido revertidos, em 7.6.2006, em favor do Instituto de Gestão Previdenciária de Tocantins – IGEPREV, enquanto R\$ 1.024.792,29 (um milhão, vinte e quatro mil, setecentos e noventa e dois reais e vinte e nove centavos) teriam sido revertidos, em 5.11.2006, em favor do Estado, para quitação da folha de pagamento.

Além disso, a Denunciada teria deixado de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, para contratação da Rebouças Consultoria Empresarial para prestar serviços de capacitação de professores do EJA 3º Segmento.

2. Em 18.8.2015, foi iniciado o julgamento pela Segunda Turma deste

INQ 3731 / DF

Supremo Tribunal. Após o “voto do Ministro Relator, rejeitando a denúncia quanto à acusação da prática do crime de peculato, desclassificando essa conduta para a prevista no art. 315 do Código Penal e pronunciando a prescrição da pretensão punitiva do Estado e, conseqüentemente, declarando extinta a punibilidade da denunciada quanto ao crime previsto no art. 315 do Código Penal; e, também, rejeitando a peça acusatória quanto à suposta prática do crime do art. 89 da Lei 8666/1993, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki” (fl. 3157), pedi vista dos autos para aprofundar o estudo das questões submetidas a exame, especificadamente quanto à abrangência e incidência do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

3. Inicialmente, acompanho o encaminhamento proposto pelo Ministro Relator, quanto à desclassificação da conduta tipificada no art. 312 do Código Penal para aquela do art. 315 do mesmo Código, com o conseqüente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e extinção da punibilidade da Denunciada.

Os alegados desvios de recursos públicos para finalidades também públicas não se amoldam ao tipo do art. 312 do Código Penal, configurando conduta tipificada pelo art. 315 do mesmo Código (“*Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa*”).

4. Quanto à acusação de prática do crime de inexigência de licitação fora das hipóteses legais (art. 89 da Lei n. 8.666/1993), tem-se na norma invocada:

“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”.

Ao interpretar esse dispositivo legal, este Supremo Tribunal fixou que, para a caracterização de conduta penal relevante, além dos elementos constantes no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, deve-se demonstrar a

INQ 3731 / DF

ocorrência de prejuízo ao erário e o dolo específico do agente em causar o dano.

O dolo específico do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem sido considerado indispensável à caracterização do crime o elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário. Esse o entendimento fixado, pelo Plenário, no Inq. n. 3.077/AL, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 25.09.2012:

“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 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

INQ 3731 / DF

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).” (Grifos nossos).

Da mesma forma, no Inquérito n. 2.616/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 19.08.2014, reiterou-se esse entendimento:

“EMENTA 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 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

INQ 3731 / DF

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.” (Grifos nossos).

5. No caso em julgamento, o Ministro Relator reconheceu que: *a) a conduta da denunciada de inexigir a licitação foi irregular, porque não caracterizada a hipótese do art. 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993; b) há indícios de prova de que essa conduta teria causado dano ao erário, porque, de acordo com o laudo pericial (fls. 2.986-2.997), o preço total pago, incluídas despesas de viagem, traslados, diárias e passagens, foi superior ao praticado pelo mercado.*

A despeito dessas conclusões, o Ministro Relator votou pela rejeição da denúncia, porque *“os elementos não demonstram que a Denunciada tenha agido com intenção de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada”,* ou seja, não está presente o dolo específico na conduta da denunciada.

No ponto, também entendo ausente prova mínima de dolo específico da denunciada em causar prejuízo ao Estado ou favorecer a contratação da empresa Rebouças Consultoria Empresarial.

Como ressaltou o Ministro Relator em seu voto:

“(…) A denunciada era Secretária Estadual de Educação e Cultura. Recebeu a indicação da contratação direta com avaliação de conveniência e oportunidade feita por escalões inferiores da administração (fls. 255 e 268), e de legalidade por parte da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 560-567).

Não há nenhum elemento indicando que a denunciado tenha pessoalmente influenciado a escolha. Nada aponta para relação com a contratada”.

O documento de fl. 255, de 14.7.2006, é um memorando

INQ 3731 / DF

encaminhado pela Coordenadora de Ensino Médio do Tocantins, Luzia América Gama de Lima, solicitando autorização para contratação da empresa Rebouças Consultoria Empresarial, com a justificativa de que *“considerou a proposta de formação continuada para professores, apresentada pela Consultoria Rebouças, coerente com os propósitos almejados para o ano de 2006; visto que a proposta da referida empresa, via a valorização da prática docente em consonância com a realidade do educador que trabalha com a modalidade de EJA no Tocantins”* (fl. 268).

Além disso, a decisão de inexigência de licitação tomada pela Denunciada ocorreu em **6.11.2006** (fl. 600), com o respaldo no Parecer n. 1.273, de **10.10.2006** (fls. 560-566), da Procuradoria do Estado de Tocantins, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral de Tocantins, Dr. Hércules Ribeiro Martins, em **11.10.2006** (fl. 567), cuja conclusão foi no sentido de que, *“sanadas as falhas de instrução deste processo, entendemos que nada obsta a celebração do contrato objeto do mesmo”* (fl. 566).

Esses elementos de prova indicam ter sido considerada pela denunciada oportuna e conveniente administrativamente a contratação da empresa Rebouças Consultoria Empresarial, atendendo, assim, o direito vigente.

6. Ausentes indícios mínimos de um dos elementos configuradores da figura típica do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, inviável o prosseguimento da presente ação penal.

7. Pelo exposto, **acompanho integralmente o Ministro Relator** para desclassificar a conduta do art. 312 do Código Penal para a prevista no art. 315 do mesmo Código, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva do Estado e declarando extinta a punibilidade da Denunciada no que se refere a esse crime, além de rejeitar a denúncia quanto à acusação da prática do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.731

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

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

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

INVEST. (A/S) : MARIA AUXILIADORA SEABRA REZENDE

ADV. (A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator, **rejeitando** a denúncia quanto à **acusação** da prática do crime de peculato, **desclassificando** essa conduta para a prevista no art. 315 do Código Penal e pronunciando a prescrição da pretensão punitiva do Estado e, conseqüentemente, declarando **extinta a punibilidade** da denunciada quanto ao crime previsto no art. 315 do Código Penal; e, também, **rejeitando** a peça acusatória quanto à suposta prática do crime do art. 89 da Lei 8666/1993, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pela Ministra Cármen Lúcia. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Duprat e, pela denunciada, o Dr. Carlos Bastide Horbach. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 18.08.2015.

Decisão: A Turma, por votação unânime, rejeitou a denúncia quanto à acusação da prática do crime de peculato, desclassificando essa conduta para a prevista no art. 315 do Código Penal, e pronunciou a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a conseqüente extinção da punibilidade da denunciada quanto a este crime; e, ainda, rejeitou a peça acusatória quanto à suposta prática do crime do art. 89 da Lei 8666/1993, tudo nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 2.2.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária