

18/04/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.753 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **MARCO ANTÔNIO TEBALDI**
ADV.(A/S) : **MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)**

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

2. 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.

3. (a) *In casu*, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Secretário Estadual de Educação, teria homologado procedimento de inexigibilidade de licitação, para aquisição de licenças do software Urânia, elaborado exclusivamente pela empresa GEHA, sendo certo que a Procuradoria Jurídica emitiu parecer assentando a inexigibilidade de

INQ 3753 / DF

licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso *sub judice*, **máxime diante da inexistência de qualquer menção ou indício de conluio na elaboração do parecer;**

(b) A ausência de justa causa para o recebimento da denúncia se impõe, tanto mais porque, para a escolha do software, não houve qualquer participação pessoal do Acusado, cabendo às instâncias técnicas envolvidas (Diretoria de Tecnologia e Informação, Diretoria de Governança Eletrônica, Diretoria de Gestão de Pessoas, diretorias das escolas que receberiam o software), em procedimento policêntrico de tomada de decisão, no qual se concluiu que o produto adquirido era o único que atenderia ao objetivo de programação de horários em toda a rede de ensino;

(c) Ao acusado coube, unicamente, a homologação do procedimento de inexigibilidade, afastada, nos autos, sua intervenção pessoal a favor ou em prejuízo de determinada concorrente, máxime porque, segundo testemunha ouvida nos autos, o então Secretário sequer conhecia os administradores da empresa contratada;

(d) A controvérsia quanto ao preço não foi satisfatoriamente resolvida pelo laudo pericial que serviu de amparo à denúncia, tendo em vista a nítida diferença entre objetos e produtos alvos da comparação, sem olvidar que o próprio laudo concluiu, quanto ao *software* adquirido pela Secretaria de Educação, quanto segue: *“restou evidente que, em termos computacionais somente neste teste específico, o software Urânia possui um algoritmo cujo poder de resolução do “Timetabling Problem” foi superior ao software Zathura nos cenários de teste apresentados”*.

4. Denúncia rejeitada, por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e

INQ 3753 / DF

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, 18 de abril de 2017.

Ministro LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.753

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

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

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

INVEST.(A/S) : MARCO ANTÔNIO TEBALDI

ADV.(A/S) : MARLON CHARLES BERTOL (10693/SC) E OUTRO(A/S)

Decisão: Por indicação do Relator, a Turma adiou o julgamento do processo. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 14.3.2017.

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

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

18/04/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.753 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **MARCO ANTÔNIO TEBALDI**
ADV.(A/S) : **MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, cuida-se de denúncia, oferecida pelo eminente Procurador-Geral da República, em face do Deputado Federal Marco Antônio Tebaldi, pela suposta prática do crime de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 89 da Lei 8.666/93).

Narra a denúncia (fls. 912/926, vol. 05) que o acusado, em 23/01/2012, na condição de Secretário de Educação do Estado de Santa Catarina, firmou o Termo de Contrato n. 005/2012, tendo por objeto a obtenção de licenças de uso do Software URÂNIA junto à empresa GEAH Comércio de Sistemas de Informática Ltda., para as escolas da rede pública estadual de Santa Catarina.

O Procurador-Geral da República sustenta, primeiramente, que o procedimento de inexigibilidade não se encontra devidamente aparelhado com a demonstração da inexistência de outros *softwares* adequados às necessidades escolares. Acrescenta, em segundo lugar, que, de acordo com o Laudo Pericial 1242/2014-INC/DITEC/DPF (fls. 863/874), existiam outros *softwares* igualmente aptos à finalidade almejada pela Secretaria de Educação, a indicar a necessidade de concorrência pública. Por fim, com fulcro no mesmo laudo pericial, o Procurador-Geral da República salienta que teria havido prática de sobrepreço.

Nestes termos, considerando comprovada a materialidade delitiva,

INQ 3753 / DF

imputa ao acusado a prática do delito definido no art. 89 da Lei 8.666/93.

A defesa alega a inépcia da denúncia, ao argumento de que veicula hipótese de responsabilidade objetiva. Assevera, ainda, que a denúncia não descreveu o nexos causal entre a conduta do denunciado e o fato criminoso, de modo a evidenciar sua efetiva colaboração para a violação da Lei de Licitações Públicas. Argumenta que a acusação se funda em meras presunções, não tendo narrado o dolo específico do acusado de causar prejuízo ao erário. Arremata salientando inexistir justa causa para o início da ação penal, uma vez que, segundo procura demonstrar: (i) o objeto contratual revelava natureza singular, insuscetível de competição; (ii) o laudo pericial produzido nos autos comparou *softwares* e licenças distintos dos que foram objeto do Termo de Contrato 005/2012, não se prestando a comprovar o sobrepreço; (iii) a participação de diversas instâncias governamentais no procedimento de inexigibilidade, com a participação da Diretoria de Governança Eletrônica para a escolha do *software*; (iv) a existência de parecer jurídico favorável à inexigibilidade de licitação; (v) a estrita observância das formalidades legais e do parecer jurídico.

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

Tendo em vista a juntada de documentos pela defesa, determinei a abertura de vista dos autos ao Procurador-Geral da República, que reiterou o pleito de recebimento da denúncia (fls. 1071/1081, vol. 06).

É o relatório.

18/04/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.753 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados aqui presentes,

Conforme relatado, cuida-se, na espécie, de imputação da prática do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, consistente em inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, ao Deputado Federal Marco Antônio Tebaldi.

Preliminarmente, é importante reiterar minha compreensão de que, num sistema constitucional como o nosso, em que prevalece a presunção de inocência, a afirmação de que o recebimento de uma denúncia facilita a vida do paciente, porquanto ele terá melhores condições de comprovar a ausência da ilicitude, realmente representa uma blasfêmia contra a razão e a fé na Justiça.

Na verdade, um homem público, que tenha recebido contra si uma denúncia ostenta uma nódoa inapagável na sua vida, máxime quando se submete a uma prerrogativa de um foro único, como sói ser o Supremo Tribunal Federal, julgado numa única instância. De sorte que, nessas hipóteses, sempre se faz presente um cuidado bastante acurado no recebimento da denúncia, quiçá na prolação da decisão de condenação.

Sem prejuízo, no caso em espécie, é possível verificar-se, pela própria descrição da denúncia, a ausência de um dos elementos necessários do tipo, que é o dolo. Todos os delitos da Lei de Licitações não são delitos de mera conduta, são delitos que pressupõe um dano ao bem jurídico protegido, que a Administração Pública e, em especial, o

INQ 3753 / DF

erário.

Então, o dolo deve estar descrito, na peça acusatória, de maneira a revelar que o Administrador, ao proceder à inexigibilidade de licitação, agiu pessoalmente com a vontade livre e consciente de violar as disposições legais que regem a contratação.

Ora, quem consulta se pode fazer algo, não tem vontade de praticar o ilícito; e o que é pior, quem consulta e recebe uma resposta de um órgão jurídico no sentido de que a licitação é inexigível, evidentemente que não tem uma manifestação voltada à prática de um ilícito. Eventualmente, quem entende inexigível a licitação, quando muito, terá cometido algo que não é punível no Direito brasileiro, que é o crime de exegese.

Deveras, um executivo, sem formação jurídica, que confia no parecer da consultoria no sentido da inexigibilidade da licitação e **tão-somente homologa o procedimento**, no meu modo de ver, efetivamente, não pretende cometer um ilícito. Ele pode ter até cometido um erro de inépcia, mas a própria Lei de Improbidade Administrativa não se aplica ao administrador inepto, aplica-se ao administrador desonesto, que tem o interesse de causar o ilícito.

Entendo que é uma *contraditio in terminis* concluir-se pela existência de uma vontade de praticar o ilícito, antecedida de uma consulta e de uma resposta no sentido da inexigibilidade da licitação.

Somem-se a isso as peculiaridades do caso concreto.

O *Parquet* solicitou, a título de diligência, a oitiva do administrador da empresa GEHA COMÉRCIO DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA LTDA., junto à qual foi adquirido o *software* Urânia, mediante inexigibilidade de licitação. Referida testemunha assim respondeu às perguntas formuladas pela Autoridade Policial, a pedido do Ministério

INQ 3753 / DF

Público Federal (fls. 813/814, vol. 05):

“[...] que não conhece, a não ser por nome e em razão do cargo que ocupava, a pessoa de MARCO TEBALDI; Que nunca o conheceu pessoalmente e nunca teve qualquer relação com tal pessoa; [...] Que não tem conhecimento de participação alguma de MARCO TEBALDI no referido contrato; Que não se recorda se foi ele quem homologou o certame, objeto do referido contrato; [...] Que as licenças foram completamente concedidas bem como o valor integralmente pago; Que, com a assinatura do contrato, foi imediatamente liberado os acessos, mas o pagamento se deu apenas cerca de 20 dias após; [...] Que a concorrência no Estado de Santa Catarina foi a única realizada pela empresa GEHA com objeto o software URANIA na versão mais completa; Que, desta forma, não havia padrões de preços com outros estados; [...] Que quer observar que o preço da versão do programa mais completo, objeto do contrato nº 5/12 era praticado em valor superior ao praticado na referida concorrência; Que o produto foi vendido por cerca de R\$ 800,00 (oitocentos reais) na concorrência, enquanto o preço praticado no mercado era cerca de R\$ 1.000,00”.

Por seu turno, Raul Bergson de Oliveira, Diretor de Tecnologia e Inovação da Secretaria de Educação de Santa Catarina à época dos fatos narrados na denúncia, assim justificou a escolha do software Urânia (fls. 816, vol. 05):

“Que confirma ter sido Diretor de Tecnologia e Inovação da Secretaria de Educação de Santa Catarina no ano de 2011 até meados de 2012; Que as razões de escolha do software URÂNIA para executar a organização dos horários e grades escolares, já que a SED/SC havia testado outros softwares de outras empresas, o declarante esclarece que o processo de seleção e escolha foi realizado através de análise de diversos outros setores do Governo, entre eles a Diretoria de Gestão de Pessoas da Secretaria de Educação, a Diretoria de Governança Eletrônica da Secretaria de Administração de Santa Catarina, a equipe de Desenvolvimento da SISGESC (Sistema de Gestão Educacional

INQ 3753 / DF

de Santa Catarina), ou seja, a decisão não foi tomada única e exclusivamente pela Diretoria de Tecnologia e Inovação da Secretaria de Educação de Santa Catarina; Que, melhor esclarecendo, a escolha do sistema URÂNIA se deu através de análise de diversos setores técnicos do Governo do Estado, sendo esse escolhido em razão de ser o único que atenderia à demanda do Estado; Que a decisão da escolha do referido software foi respaldada através de atestados de capacidade técnica emitidos por entidades da categoria especializada; Que, no processo de seleção do sistema, foi instalado o software URÂNIA em uma escola piloto, o resultado foi que, em virtude do resultado da utilização do sistema, constatou-se que poderiam ser cortados custos na contratação de professores; Que esclarece, ainda, que esse sistema já era utilizado em outras duzentas escolas do Estado de Santa Catarina, contratados com recursos próprios pela associação de pais e professores; Que não participou do processo de licitação, por isso não pode afirmar nada em relação ao preço contratado; Que acredita que em relação à variação de custo, pode ter ocorrido diferença nas versões que foram adquiridas”.

Além destes testemunhos, que afastam a participação pessoal do acusado na seleção do *software* adquirido pela Secretaria de Educação, o Laudo Pericial elaborado pelo INC (fls. 863/880) não foi conclusivo quanto à discrepância de preços alegada na inicial.

A título de exemplo, o Laudo comparou preços de *softwares* com capacidades distintas de processamento de dados e deixou de afirmar que o preço pago pela Secretaria de Educação, considerada a especificidade do *software* adquirido, estava ou não acima do preço de mercado. Ausente, portanto, qualquer indício material neste sentido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem cristalizando a concepção de que, para o recebimento da denúncia por crimes licitatórios, é necessário demonstrar o dolo do Administrador de fraudar a lei, ou seja, a consciência de que a dispensa ou inexigibilidade, naquela situação, era proibida, e concomitantemente a vontade livre e consciente de causar

INQ 3753 / DF

o enriquecimento ilícito do contratado, com dano para o erário.

Neste sentido, cito os seguintes acórdãos:

“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

INQ 3753 / DF

porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas intuitu personae, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93. 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal” (Inq. 2482, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, maioria, j. 15/09/2011).

“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 3753 / 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)” (Inq. 3077, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria, j. 29/03/2012).

“Habeas Corpus. 2. Pacientes, ex-prefeito e ex-secretária municipais, denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 89, caput, da Lei 8.666/93. 3. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que, instado a manifestar-se sobre a lisura do procedimento, entendeu regulares a inexigibilidade de licitação e o contrato firmado. 4. Necessidade de o MP reunir elementos concretos que atestem a real necessidade de iniciar a persecução penal, mormente indicativos de que a Corte de contas, ao apreciar o feito, equivocou-se em sua conclusão. 5. Ausência de justa causa caracterizada. Trancamento da ação penal. 6. Ordem concedida de ofício” (HC 107.263, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 21/06/2011).

“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

INQ 3753 / DF

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 degravação 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, 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*

INQ 3753 / DF

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

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.

18/04/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.753 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhor Presidente, Ministro e Ministra, bom dia.

Eu acompanho o Relator, mas sem aderir - eu gostaria de deixar isso consignado - à tese da ausência de dolo tão somente pelo fato de a inexigibilidade ou, às vezes, a dispensa ter sido precedida de um parecer.

Entendo que isso não afastaria *per si* o dolo. Mas, no caso em concreto, como bem destacou o Relator, o Ministro Fux, o próprio Ministério Público, na denúncia, não aponta nenhuma espécie de conluio com a empresa, não aponta que o denunciado teria entrado previamente em concordância pelo preço, pelo material fornecido. Tão somente de uma forma, eu diria, quase que objetiva, pelo fato de ter decretado a inexigibilidade, ele acabou sendo denunciado.

Obviamente, isso na Administração ocorre muito atualmente. A contratação de *software*, principalmente na secretaria de educação, acaba tendo uma comparação com outras formas, outros produtos de *software*, mas nenhum é absolutamente idêntico ao outro. E quando não há esse conluio prévio ou não há o superfaturamento, a discricionariedade do administrador para escolha de determinado *software* deve prevalecer.

Eu insisto aqui no fato de o próprio Ministério Público não ter apontado, na denúncia, o conluio entre o denunciado e a empresa que forneceu o *software*. Como também bem colocou o Ministro-Relator, não havia, pelas provas colhidas, nem prévio contato entre eles, não havia um prévio conhecimento.

É por esses motivos, afastando somente, na fundamentação, a questão de o parecer prévio afastar o dolo, acompanho o Relator.

18/04/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.753 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu, fazendo meu o olhar do Ministro Fux sobre a prova e pontuando exatamente esse aspecto levantado agora ou enfatizado pelo Ministro Alexandre, no que tange à ausência de qualquer menção, referência ou indicação pelo próprio Ministério Público a um eventual conluio, eu acompanho o eminente Relator.

Tenho entendido que nessas hipóteses do crime do art. 89 da Lei de Licitações - a dispensa irregular de licitação -, há necessidade, sim, da presença do dolo. E tendo, no caso, a dispensa sido embasada em um parecer técnico, à falta de qualquer referência, repito, a um eventual conluio, eu não vejo como entender caracterizado o delito e voto no sentido da rejeição da denúncia, acompanhando o eminente Relator.

18/04/2017

PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.753 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O hoje deputado federal, a quem é imputado o crime de ter afastado a concorrência pública para o contrato formalizado, foi secretário de educação de um grande Estado Brasileiro, Santa Catarina, e atuou procedendo à contratação – não me lembro bem se houve parecer jurídico a respeito da inelegibilidade; tinha pego que não teria ocorrido, pelo relatório e pelo voto do Relator...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É que eu não li tudo, mas na ementa eu faço consignar que houve parecer jurídico e não houve prova de conluio na obtenção desse parecer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Atuou pretendendo contratação de um programa de computação muito comum, visando a sistematização organizacional dos horários e grades escolares na rede pública estadual de Santa Catarina. Portanto, o objeto não seria alcançar-se programa que se fizesse estrito, considerada a empresa capaz de fornecê-lo. De qualquer forma, saber se havia no mercado, ou não, empresa similar à contratada para prestação desse serviço, para o fornecimento desse programa dependeria da realização da própria licitação, observado o edital e os parâmetros nele fixados.

Houve laudo do Instituto Nacional de Criminalística apontando que o valor unitário cobrado pela cessão das licenças foi muito superior ao pago em situações muitíssimo similares e que, além disso, não se teria o impedimento, ante o objeto, segundo o Instituto Nacional de Criminalística, à feitura da licitação.

O crime de afastamento da licitação, fora das situações concretas de inexigibilidade, é estritamente formal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, só com relação a essa parte, porque já tivemos algumas vezes esse aspecto... Eu tenho uma divergência com o Ministério Público no seguinte sentido: o crime formal é um crime que independe de resultado, mas isso é a classificação do crime formal. Mas o crime formal tem

INQ 3753 / DF

elementos subjetivos do tipo. O Código Penal é claro: quando a lei não prevê o crime a título culposo, ele é sempre a título de dolo. O fato de o crime ser formal não afasta a existência do elemento subjetivo, apenas a existência do efetivo resultado. É como se diz, assim, a mera conduta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Na Turma mesmo, a partir dessa concepção da natureza do tipo, a formal, tenho sustentado que não há de se exigir o dolo específico, ou seja, a vontade consciente de beneficiar esta ou aquela empresa que esteja na disputa no mercado existente.

A fase é embrionária. Resume-se em admitir-se, presente o atendimento dos aspectos formais, a peça primeira da ação penal ofertada pelo Ministério Público e dar-se a este, em defesa da própria sociedade, a oportunidade de comprovar o que alegado.

Por isso, divirjo para, no caso, receber a denúncia.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.753

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

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

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

INVEST.(A/S) : MARCO ANTÔNIO TEBALDI

ADV.(A/S) : MARLON CHARLES BERTOL (10693/SC) E OUTRO(A/S)

Decisão: Por indicação do Relator, a Turma adiou o julgamento do processo. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 14.3.2017.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não recebeu a denúncia, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, 18.4.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Alexandre de Moraes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma