

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 153.097 - DF (2009/0220492-3)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
IMPETRANTE : EMANUEL CARDOSO PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL DE LICITAÇÃO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE NÃO CONSTITUEM CRIME. PARTICIPAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE AJUSTE DE VONTADES. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em sede de *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial ou de ação penal, por falta de justa causa, quando desponta, indubitavelmente, a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. O fato típico previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 exige dolo do agente em dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda, que, concorrendo para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal.

3. A pessoa apta a praticar a conduta típica penal prevista no art. 89 da Lei 8.666/93 é o agente administrativo competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo. A eventual imputação desse crime ao parecerista somente pode ser evidenciado ante a norma de extensão prevista no art. 29 do Código Penal, porém, nessa hipótese, é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico.

4. A participação exige o elemento subjetivo, pelo qual cada concorrente deve ter a consciência de que sua ação está dirigida para a ocorrência do resultado que a lei penal visa coibir, mediante ajuste de vontades, o que não se configura pela só apresentação de parecer, mormente se o ato tido como ilegal foi a ele contrário.

6. Ordem concedida para o fim de determinar o trancamento, em relação ao paciente, da ação penal nº 2004.34.00.2847-5, em trâmite na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 153.097 - DF (2009/0220492-3)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : EMANUEL CARDOSO PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado por EMANUEL CARDOSO PEREIRA em favor de JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que denegou *habeas corpus* perante ele impetrado, pelo qual se pretendia o trancamento da ação penal em curso na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Na hipótese, o paciente foi denunciado, juntamente com outras 15 (quinze) pessoas, por suposto envolvimento em crimes eventualmente cometidos por dirigentes e servidores do Ministério da Previdência Social e do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, que, em conluio com representantes das empresas BRADIV, STOCK e SEBBA, teriam desviado vultuosas quantias, mediante contratações ilícitas, superfaturadas e com indevida dispensa de licitação.

No que pertine à suposta participação do paciente, segue trecho da denúncia (fls. 52/53):

Objetivando, a qualquer custo, prosseguir nas contratações irregulares na forma que vinha sendo efetivada, sem qualquer licitação e com o direcionamento à empresa BRADIV por preços superiores aos praticados por essa própria empresa em situações semelhantes, ARNALDO NEGUEIRA DE LIMA, Chefe do NEAP, por meio da Nota 23.300-Neap/DF (fls. 1.265/1.266 - Apenso I/Vol. VI, IPL), fundamentado em uma decisão do c. TCU, justificou que era possível à Administração Pública, em casos consensuais, ultrapassar os limites previstos nos parágrafos 1 e 2 do art. 65 da Lei 8.666/93.

ARNALDO justifica o seu entendimento, ainda, na exiguidade de prazo para a realização de processo licitatório para se atender à demanda de 54 agências e questiona ao Procurador-Geral do INSS, JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES, sobre a possibilidade de se efetivar o Terceiro Termo Aditivo na forma pretendida, o qual se manifestou nos seguintes termos:

A decisão acima referida aplica-se ao caso específico a que ela se refere. Porém, se previamente satisfeitos, cumulativamente, todos os pressupostos, incisos I a VI da letra *b* do subitem 8.1 da Decisão 215/99-TCU-Plenária, inclusive quanto à urgência e emergência, sugiro que a Administração do INSS realize um novo contrato, com a devida dispensa de licitação, nos mesmos termos do contrato 017/97 (fl. 1.274, Apenso I, Vol VI, IPL).

A leitura desse pronunciamento, subscrito pelo Procurador-geral do INSS é de estarrecer qualquer pessoa que tenha o mínimo de conhecimento jurídico, demonstrando claramente a intenção de todos os réus de se valerem do contrato

Superior Tribunal de Justiça

com a empresa BRADIV, que originalmente tinha finalidade diversa, ou seja, o atendimento de demanda específica do Distrito Federal, para o fornecimento, em larga escala, de móveis e divisórias para o atendimento do Programa PMA, que surgiu posteriormente à assinatura do Contrato 017/97.

ARNALDO NOGUEIRA DE LIMA e os demais réus sequer se preocuparam em realizar a contratação com a dispensa sugerida e autorizaram a realização do Terceiro Termo Aditivo, justificando, no plano apenas formal, que seria observado o limite de acréscimo de 25% do que foi inicialmente contratado, o que de fato não ocorreu, pois tal contrato teve um acréscimo da ordem de 273%.

E, ao final, capitula a acusação (fl. 92):

11 - JOSÉ WERBER DE HOLANDA ALVES

Procurador federal que, à época da execução do Contrato nº 17/97; da celebração dos Termos Aditivos ilegais e da contratação direta (Contrato 023/99) desempenhava a função de Procurador-Geral do INSS e, nessa qualidade, aprovou todos os pareceres e demais documentos relativos às contratações da empresa Bradiv que foram submetidos à sua análise e aprovação, já que acompanhava, diretamente, os trabalhos do Grupo PMA.

JOSÉ WERBER, ao verificar que não havia qualquer possibilidade jurídica de prorrogação e celebração de novos aditivos ao Contrato 017/97, com plena consciência de todas as ilicitudes narradas, sugeriu, como forma de contornar a restrição legal, a celebração de uma contratação direta (dispensa de licitação), fundamentada na emergencialidade, sugestão que foi posteriormente acatada pelo Diretor PAULO TANUS, por ARNALDO NOGUEIRA e demais réus.

Está incurso nas sanções do artigo 89 da Lei 8.666/93 c/c artigo 84, parágrafo 2º desta norma e 29 do Código Penal.

Após a apresentação de defesa preliminar, o Juízo de Direito da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal recebeu a denúncia nos termos seguintes:

Após análise da resposta preliminar formulada pelos denunciados, constato que os elementos apresentados não são suficientes para afastar ou descaracterizar in limine, os delitos lhe imputados na denúncia.

Ademais, no caso, inexistem causas manifestas de excludente de ilicitude e da culpabilidade do agente, bem como causa extintiva da punibilidade, nos termos do art. 397 do Código Penal.

Presentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, bem como prova da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, conforme documentos e depoimentos constantes dos autos, recebo a denúncia oferecida pelo MPF contra (...).

Contra o recebimento da denúncia, foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sendo que a sua Terceira Turma denegou a ordem (fls. 29/31), cuja ementa segue transcrita:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PARECER EVASIVO. NECESSIDADE DA DEVIDA INSTRUÇÃO.

Superior Tribunal de Justiça

Solicitando a Administração um parecer da Procuradoria preciso, firme, a fim de pautar sua atuação, não pode o Procurador ofertar um parecer evasivo, possibilitando a presunção de que estava conluiado com os réus que fraudaram a licitação, como sustentado pela acusação.

Nas razões do *writ*, alega o impetrante, em síntese, que o paciente "limitou-se a emitir parecer opinativo, logo não vinculativo, no exercício da sua função, e, quando da utilização do parecer", ele "não mais pertencia aos quadros do INSS" (fl. 2), juntando o ato que o exonerou (fl. 156).

Acrescenta que o parecer seria objetivo e não evasivo, pois "afasta a possibilidade de se efetivar o pretendido termo aditivo ao contrato", além de "sugerir a dispensa de licitação para a contratação somente se os requisitos legais forem atendidos conjuntamente" (fl. 4).

Além disso, afirma, "o próprio TCU reconheceu que o parecer que embasa a acusação foi desrespeitado e deu sugestão completamente diferente daquela levada a cabo pelo INSS" (fl. 5), que acabou por realizar termo aditivo.

Todos esses fatos conduziram, argumenta o impetrante, à inépcia da denúncia e à ausência de justa causa para a ação penal.

Também, aduz carecer de fundamentação o despacho que recebeu a denúncia (fls. 13), pois não teria afastado os argumentos apresentados em resposta preliminar.

Por fim, pugna o impetrante pelo trancamento da ação penal (fl. 24).

O pedido formulado em sede de cognição sumária foi por mim indeferido (fl. 2.032).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO, opinou pela concessão da ordem, com o conseqüente trancamento da ação penal em relação ao paciente, por falta de justa causa ou, eventualmente, pela anulação do processo *ab initio*, por inépcia da denúncia quanto à narração do fato delituoso (fls. 2.035/2.057).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 153.097 - DF (2009/0220492-3)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL DE LICITAÇÃO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE NÃO CONSTITUEM CRIME. PARTICIPAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE AJUSTE DE VONTADES. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em sede de *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial ou de ação penal, por falta de justa causa, quando desponta, indubitavelmente, a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. O fato típico previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 exige dolo do agente em dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda, que, concorrendo para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal.

3. A pessoa apta a praticar a conduta típica penal prevista no art. 89 da Lei 8.666/93 é o agente administrativo competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo. A eventual imputação desse crime ao parecerista somente pode ser evidenciado ante a norma de extensão prevista no art. 29 do Código Penal, porém, nessa hipótese, é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico.

4. A participação exige o elemento subjetivo, pelo qual cada concorrente deve ter a consciência de que sua ação está dirigida para a ocorrência do resultado que a lei penal visa coibir, mediante ajuste de vontades, o que não se configura pela só apresentação de parecer, mormente se o ato tido como ilegal foi a ele contrário.

6. Ordem concedida para o fim de determinar o trancamento, em relação ao paciente, da ação penal nº 2004.34.00.2847-5, em trâmite na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Em sede de *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial ou de ação penal, por falta de justa causa, quando desponta, indubitavelmente, a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Embora a denúncia seja extensa, com 61 páginas, imputando a diversos acusados a prática de fatos típicos, em relação ao paciente, restringe-se a apontar o parecer por ele ofertado como evidência da sua participação na indicada empreitada criminosa.

Superior Tribunal de Justiça

Tal parecer foi apresentado a partir de uma manifestação do corréu ARNALDO NOGUEIRA DE LIMA, conforme consta da denúncia (fl. 52):

(...) ARNALDO NOGUEIRA LIMA, Chefe do NEAP, por meio da Nota 23.300-Neap/DF (fls. 1.265/1.266 - Apenso I/Vol VI, IPL), fundamentado em uma decisão do c. TCU, justificou que era possível à Administração Pública, em casos consensuais, ultrapassar os limites previstos nos parágrafos 1 e 2 do art. 65 da Lei n. 8.666/93.

ARNALDO justifica seu entendimento, ainda, na exiguidade de prazo para a realização de processo licitatório para se atender á demanda de 54 agências e questiona ao Procurador-Geral do INSS, JOSÉ WERBER HOLANDA ALVES, sobre a possibilidade de se efetivar o Terceiro Termo Aditivo na forma pretendida (...).

Em resposta, segue o parecer, cujo teor corresponderia, segundo a denúncia, à participação do paciente (fl. 117):

1. Ciente.
2. O Senhor Chefe do Núcleo Executivo de Administração Patrimonial, solicita nova análise do item 11 da Nota Técnica PCG/CCON/Nº 256/99, de fls. 1.186/1.187, frente a Decisão nº 215/1999 - TCU Plenária, de 12.5.99.
3. A Decisão, acima referida, aplica-se ao caso específico a que ela se refere. Porém, se previamente satisfeitos, cumulativamente, todos os pressupostos, incisos I a VI da letra "b" do subitem 8.1 da Decisão nº 215/99 - TCU Plenária, inclusive quanto à urgência e emergência, sugiro que a Administração do INSS realize um novo contrato, com a devida dispensa de licitação, nos mesmos termos do Contrato nº 019/97.
4. Ao Núcleo Executivo de Administração Patrimonial, em devolução.

Percebe-se, o parecer foi contrário à pretensão manifestada pelo solicitante na medida em que afasta a realização de termo aditivo e aponta os requisitos necessários para a dispensa de licitação enumerados na Decisão Plenária do TCU, inclusive a existência de urgência e emergência, esclarecendo, ademais, que decisão trazida como paradigma somente se aplicaria ao caso nela tratado.

A partir dessa compreensão, aduz o órgão acusador (fls.52/53) que:

A leitura desse pronunciamento, subscrito pelo Procurador-geral do INSS é de estarrecer qualquer pessoa que tenha o mínimo de conhecimento jurídico, demonstrando claramente a intenção de todos os réus de se valerem do contrato com a empresa BRADIV, que originalmente tinha finalidade diversa, ou seja, o atendimento de demanda específica do Distrito Federal, para o fornecimento, em larga escala, de móveis e divisórias para o atendimento do Programa PMA, que surgiu posteriormente à assinatura do Contrato 017/97.

ARNALDO NOGUEIRA DE LIMA e os demais réus sequer se preocuparam em realizar a contratação com a dispensa sugerida e autorizaram a realização do Terceiro Termo Aditivo, justificando, no plano apenas formal, que seria observado o limite de acréscimo de 25% do que foi inicialmente contratado, o que de fato não ocorreu, pois tal contrato teve um acréscimo da ordem de 273%.

Superior Tribunal de Justiça

Portanto, ao final, o parecer foi contrariado, realizando-se o referido e repudiado termo aditivo, o que afasta, de pronto, a comunhão de interesses para fim ilícito.

Além disso, o fato típico previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 exige dolo do agente em dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda, que, concorrendo para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, nos termos seguintes:

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.

Em tal hipótese, a pessoa apta a praticar a conduta típica penal é o agente administrativo competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo. A eventual imputação do crime supra ao parecerista somente pode ser evidenciado ante a norma de extensão prevista no art. 29 do Código Penal, *caput, in verbis*: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Porém, nessa hipótese, imprescindível é a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico.

Sabe-se, a participação exige o elemento subjetivo, pelo qual cada concorrente deve ter a consciência de que sua ação está dirigida para a ocorrência do resultado que a lei penal visa coibir, mediante ajuste de vontades.

No caso, inexistente referido nexo de causalidade, haja vista que o parecer não foi adotado pela autoridade administrativa e tampouco há, na denúncia, referência a alguma conduta do paciente que, de qualquer forma, demonstre algum vínculo subjetivo.

Esclarecedor é o exemplo apresentado pelo Ministério Público Federal à fl. 2.050, que bem demonstra a necessidade de demonstração, ainda que provisória, do elemento subjetivo entre concorrentes para o crime:

"FULANO", "BELTRANO" e "SICRANO" foram denunciados por tentativa de furto em uma casa situada em uma ilha.

Os dois primeiros, surpreendidos quando, no interior da residência, ensacavam os objetos que pretendiam subtrair.

Quanto a estes, não haverá dúvida quanto a denuncia por co-autoria. Entrar em casa alheia, fazer a *apreensão rei*, colocar as coisas em um saco, são, no mínimo, claros indícios da intenção de ajuste de vontade para cometimento de furto, já que a conduta, tanto de um, quanto de outro, é típica por si mesma.

Mas, se a conduta de "SICRANO", e terceiro, se limitou a transportá-los, da margem até a ilha, em embarcação de sua propriedade? E mais: se

Superior Tribunal de Justiça

"SICRANO" é barqueiro de profissão, e sua atividade principal consiste em transportar, para aquela ilha, as pessoas diversas que a ela diariamente vão ter, por lá morarem ou para visitá-la por se tratar de local de interesse turístico?

Das duas uma: o barqueiro sabia que a finalidade do transporte era o cometimento do furto, e aí será co-autor (o que não se presume), ou não sabia, e não o será, porque a co-autoria em crime doloso haverá de ser, necessariamente, dolosa.

Mutatis mutandis, para configurar a participação do paciente, seria necessária a narrativa de fatos que, por qualquer meio, demonstrassem a existência de ajuste de vontades entre ele e a autoridade administrativa que dispensou a licitação. Ressalta-se, a conduta do paciente (apresentação de parecer sobre a matéria a ele submetida) era inerente ao cargo que ocupava (Procurador-Geral do INSS), o qual sequer foi adotado pela corréu, autoridade administrativa à qual é imputada a dispensa ilegal de licitação.

Não se trata de estar ou não provado determinado fato, o que deve ocorrer no curso do processo, mas de ausência de imputação de fatos que, de qualquer forma, demonstrem vínculo subjetivo entre a conduta do paciente e a referida dispensa ilegal de licitação, mormente em se considerando ter sido dispensado o parecer e praticado ato administrativo a ele contrário.

Além disso, como bem salientou o Ministério Público Federal ora oficiante, a denúncia "não atribui ao paciente ter obtido qualquer vantagem em razão deste parecer (ao contrário, foi exonerado)" (fl. 2.053), conforme o documento juntado à fl. 156.

E, prossegue o órgão ministerial "Saber se o parecer foi, ou não, de boa qualidade; se o paciente foi, ou não, relapso ao deixá-lo substancialmente inconcluso (dizer que a licitação pode ser dispensada se estiverem presentes os requisitos legais de dispensa, ou não dizer nada, equivale), não vem ao caso para efeito de tipicidade de conduta, eis que não se admite co-participação culposa em crime doloso" (fl. 2.054).

Ante o reconhecimento da atipicidade do fato atribuído ao paciente, restam prejudicados os demais fundamentos, mormente a alegada falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia.

Ante o exposto, **concedo a ordem** de *habeas corpus* para o fim de determinar o trancamento, em relação ao paciente, da ação penal nº 2004.34.00.2847-5, em trâmite na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0220492-3

HC 153097 / DF

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200434000028475 200901000501741 200934000148340 45062003

EM MESA

JULGADO: 15/04/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EMANUEL CARDOSO PEREIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

PACIENTE : JOSÉ WEBER HOLANDA ALVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de abril de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário