

HABEAS CORPUS 177.037 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) :

IMPTE.(S) :JOSE CARLOS TRINCA ZANETTI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) :PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar impetrado por José Carlos Trinca Zanetti e outro, em favor de (...), contra decisão do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do agravo em recurso especial nº 1.506.888/SP.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito descrito pelo art. 89, *caput*, da Lei 8.666/1993 (dispensa indevida de licitação), porquanto, na qualidade de Diretor do Departamento de Água, Esgoto, Manutenção e Saneamento do Município de Casa Branca/SP, **contratava verbalmente diversos serviços emergenciais, geralmente tarde da noite, com vistas a impedir que a população ficasse sem o abastecimento de água.** (eDOCs 3 e 4)

Em sentença, o paciente foi condenado à pena de cinco anos de detenção, em regime inicial semiaberto. (eDOC 4, p. 15)

Em sede de apelação, manteve-se a sentença condenatória. (eDOC 5)

Aduz o impetrante que, antes da remessa dos autos ao STJ, para análise do agravo em recurso especial, apresentou novo instrumento de mandato, o que somente foi juntado após a remessa ao Tribunal Superior.

Assevera que a decisão proferida pelo STJ foi publicada em nome do patrono anterior, razão por que gerou-se o trânsito em julgado sem qualquer manifestação, o que seria causa de nulidade.

Requer seja desconstituída a certidão de trânsito em julgado no STJ.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que, se não houver pedido expresso para que a intimação seja realizada em nome de determinado advogado, é válida aquela feita em nome de qualquer deles constantes do instrumento de mandato. No caso dos autos, houve pedido expresso para que, a partir do dia 22.5.2019, as intimações fossem realizadas em nome de Hugo Andrade Cossi. (eDOC 11)

Dito isso, tenho que todas as intimações de decisões proferidas após a referida data somente poderiam ser publicadas em nome de Hugo Andrade Cossi, muito embora a apresentação do novo instrumento de mandato haja sido feita no curso do preparo dos autos para a remessa ao STJ.

Desse modo, é caso de se declarar a nulidade da intimação realizada no dia 21.6.2019, em nome do advogado Carlos Eduardo Perilo Oliveira.

Todavia, o mérito da questão sequer foi apreciado, por óbice imposto pelas Súmulas 182 e 7 do STJ.

Assim, aprecio a controvérsia de ofício, por enxergar nela flagrante ilegalidade.

É que o paciente foi condenado por dispensar licitação fora dos casos previstos em lei, **sem, contudo, causar qualquer dano ao erário**, porquanto os pagamentos não teriam sido realizados, *verbis*:

“Por demais, o fato de não ter sido comprovado o prejuízo aos cofres públicos em nada socorre o recorrente, tendo em vista que o crime em tela se consuma no momento em que é dispensada a licitação fora das hipóteses previstas em lei, sendo irrelevante, portanto, a comprovação de efetivo dano ao Erário”.
(eDOC 5, p. 7)

Em verdade, conforme se verifica dos autos, não houve um processo de dispensa de licitação. **O paciente apenas contratava verbalmente os fornecedores de bens e serviços para que, geralmente, providenciassem o imediato reparo no sistema de abastecimento de água do município.**

Pois bem.

O Ministro Sebastião Reis Júnior, do STJ, concedeu a ordem para absolver um paciente em caso análogo, *verbis* (HC 402.498/RS):

“Pois bem. A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir do julgamento da APN n. 480/MG, em 29/03/2012, acompanhando o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), assevera que a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 **exige a demonstração do dolo**

específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, decorrente da contratação com dispensa ou fraude na licitação”. (eDOC 2, p. 6)

Mais a mais, esta Suprema Corte tem entendido que não basta o dolo genérico, consistente na vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais. Exige-se a demonstração de uma específica intenção de lesar o erário.

Nessa linha:

“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, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 23.2.2016, grifei)

No mesmo sentido: Inquérito 2.646/RN, Rel Min. Dias Toffoli; Inquérito 3.077, Relator Min. Dias Toffoli; Ação Penal 409, Relator Min. Carlos Britto; Inquérito 2.588, Redator para acórdão Min. Luiz Fux; e Ação Penal 527, Rel. Min. Dias Toffoli.

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios.

Como dito, o simples cotejo das compreensões jurídicas do Supremo Tribunal Federal com aquela que prevaleceu no ato apontado originariamente como coator, sobre a exigência de especial fim de agir para a configuração da tipicidade subjetiva do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, demonstra que o Tribunal de Justiça de São Paulo não seguiu a compreensão desta Suprema Corte, o que é causa bastante para obstar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade.

Não há razoabilidade em encarcerar um gestor, que, com intenção de demonstrar diligência e competência, contrata, **verbalmente**, fornecedores de bens e serviços que **sequer foram pagos pelo erário**.

Ante o exposto, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, aplicada a jurisprudência desta Corte, determinar a absolvição do paciente. (Processo 0008212-94.2012.8.26.0129)

Expeça-se contramandado de prisão, se por outro motivo não tiver sido expedido.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 16 de outubro de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente