

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Licitação - Dispensa fora das hipóteses previstas em lei - Prefeito - Procedimento administrativo - Valoração da prova - Dolo não demonstrado - Bem público - Ausência de prejuízo - Princípio da moralidade - Absolvção

Ementa: Licitação. Dispensa. Contrato de prestação de serviços firmado por prefeito municipal. Delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93. Dolo não provado. Patrimônio público. Prejuízo não caracterizado. Apelo desprovido.

- Não age com dolo o prefeito que realiza contratação de serviços de terceiros, dispensando o certame licitatório, quando há parecer favorável da Procuradoria do Município e efetivo procedimento administrativo para formalizar tal dispensa, ainda que de maneira errônea.

- O fato de o patrimônio municipal não sofrer dano é contrário à pretensão acusatória de punir penalmente o agente público com base na prática do delito capitulado no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0694.01.002270-5/001 - Comarca de Três Pontas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Paulo Roberto Nogueira - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2008. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra sentença que julgou improcedente a denúncia oferecida contra Paulo Roberto Nogueira, absolvendo-o da imputação da prática do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

As razões recursais das partes e a manifestação da il. Procuradoria-Geral de Justiça foram explanadas, sumariamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por estarem atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

O apelante sustenta que o apelado, na condição de Prefeito do Município de Três Pontas, pactuou com terceiros dois contratos de prestação de serviços, sem que fosse realizada licitação ou justificativa da desnecessidade desse procedimento, resultando certo que tal conduta do apelado configurou o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei nº 8.666/93, a determinar a sua responsabilização na forma preconizada nesse texto legal. Afirma, mais, que o próprio apelado, no seu interrogatório, confirmou que dispensou o procedimento licitatório à referida contratação, bem como noticiou que se fez a justificativa a tal dispensa, restando extraviada a documentação correspondente. Nesse sentido, alega que a prova testemunhal não demonstrou a efetivação da aludida dispensa de licitação. Aduz, ainda, que essa prática do acusado gerou prejuízos ao erário do Município de Três Pontas, em face do pagamento de altas somas ao prestador de serviços. Assim, entende que restou comprovada a execução do ilícito penal delineado no mencionado art. 89 da Lei nº 8.666/93, cuja caracterização exige apenas a vontade livre e consciente do agente em não observar as formalidades legais à feitura da licitação ou da sua dispensa, ou seja, exige apenas o dolo genérico, circunstâncias estas, a seu ver, que impõem a procedência da acusação.

Após proceder a criteriosa análise da vasta documentação inserta nos autos deste processado, bem como ao exame da prova testemunhal de f. 1.072/1.073 e 1.087/1.088, concluo que não se pode divergir do raciocínio esgrimido pelo Magistrado singular no que tange à falta de provas de que a conduta do apelado, espelhada na contratação dos serviços de terceiros, quando alcaide do Município de Três Pontas, tenha incidido no tipo penal inscrito no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Vejamos.

Embora seja acertada a arguição do apelante de que o crime consubstanciado no referenciado texto legal se caracteriza pelo dolo genérico, para a responsabilização penal do agente, é imperiosa a prova inequívoca da sua ciência sobre a ilicitude do seu ato em prejuízo da Administração Pública. É a lição de Diógenes Gasparini, *verbatim*:

O elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente posta a impedir, perturbar ou fraudar ato de procedimento licitatório. O autor há de ter a consciência da ilicitude da sua conduta (*Crimes na licitação*. 2. ed., Ed. NDJ, p. 126).

Essa opinião é compartilhada por Paulo José da Costa Júnior, *verbis*:

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade consciente e livre de admitir, possibilitar ou dar causas a qualquer modifi-

cação contratual ou vantagem em favor do adjudicatário. Evidentemente, para que o delito possa aperfeiçoar-se, no campo subjetivo, deverá o agente público estar consciente da ilegalidade do que está praticando, em detrimento do erário público e em favor do particular. Ou melhor, deverá ter consciência de que está agindo desprovido de qualquer autorização legal (*Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 39).

No caso *sub examine*, não foi demonstrado o dolo do apelante em contratar serviços advocatícios com a firma “MF Assessores Jurídicos Ltda.”, sem que fosse observado o certame licitatório, uma vez que solicitou parecer jurídico à Procuradoria do Município de Três Pontas sobre a necessidade de licitação com o fim de efetivar a aludida pactuação, para o qual recebeu resposta negativa. É o que se extrai do depoimento de f. 1.073 da testemunha Osvaldo Olivoto Ardisson, que era, à época dos fatos, assessor jurídico lotado no supra-indicado órgão municipal. Assim, não se pode imputar ao apelante a plena consciência da eventual ilicitude da referida contratação, ou seja, tem-se por afastada a presença do dolo na espécie vertente.

Nesse aspecto, tenho que o apelado demonstrou o fato de ter sido realizado o procedimento de inexigibilidade da licitação à contratação dos serviços de terceiros, segundo dispõe o documento de f. 514, como também as declarações das testemunhas Antônio José Cabral (f. 1.072/1.073) e Geraldo Gabriel de Azevedo (f. 1.087/1.088). Essas provas, ao contrário do afirmado pelo apelante, são aptas a demonstrar a submissão do apelado às exigências da Lei nº 8.666/93 sobre a situação focalizada, resultando certo que possíveis erros ou falhas em efetivar-se o aludido procedimento não têm o condão de configurar o ilícito penal apontado na denúncia, conforme a brilhante observação do Julgador monocrático vertida na sua sentença (f. 1.246). Dessarte, considero que essa prova infirma o hipotético dolo do apelado.

Por fim, necessário salientar que o pagamento à empresa MF Assessores Jurídicos Ltda. pelo erário do Município de Três Pontas, em face da aludida contratação, não pode, *a priori*, ser considerado como prejuízo do referido ente público, porquanto os serviços foram realizados e geraram ganhos ao mesmo, consoante emerge do documento de f. 525/536. Essa circunstância contraria a pretensão punitiva do apelante, pois não houve lesão ao patrimônio da Municipalidade de Três Pontas, logo, não foi arranhada a *ratio legis* da Lei nº 8.666/93, o que derrui a ilicitude de natureza penal do ato praticado pelo apelado.

A propósito, é a jurisprudência emanada do colendo STJ, v.g.:

Processo penal. Rejeição da denúncia. Dispensa de licitação (art. 89, Lei 8.666/93).

O tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo

proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só punível quando produz resultado danoso.

É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente às formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.

O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.

Prática de padronização de mobiliário ou de equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime (Ap. nº 261/PB - Corte Especial - Relatora: Ministra Eliana Calmon - DJU de 05.12.2005).

Por conseguinte, infere-se que não restou comprovado o dolo do apelante na situação sob foco, como também da mencionada pessoa de direito público interno ter sofrido algum prejuízo, circunstâncias estas que determinam a confirmação da sentença fustigada nesta seara recursal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação em epígrafe.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e EDI WAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...