

## RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 243.452 BAHIA

**RELATOR** : MIN. DIAS TOFFOLI  
**RECTE.(S)** : RODRIGO HAGGE COSTA  
**ADV.(A/S)** : PABLO DOMINGUES FERREIRA DE CASTRO  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

### DECISÃO:

Recurso ordinário em habeas corpus, com pedido liminar, interposto por Rodrigo Hagge Costa contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no HC nº 858.804/BA, Relator o Ministro **Messod Azulay Neto**.

Narra a defesa que,

“a partir da leitura da denúncia, extrai-se que o Ministério Público propôs ação penal em face do Paciente, por compreender que este, no cargo de Prefeito de Itapetinga, foi descuidado e desorganizado ao contratar as empresas Qualymulti Serviços Eireli –ME e Damasceno e Batista Ltda – EPP, com dispensa de certames, por inobservância do regramento, ao não externar quais atividades seriam efetivamente desempenhadas pelo contratado, nem os parâmetros de sua remuneração, demonstrando a precipitação por parte do gestor, ante a realização de um estudo da real necessidade do município.

Em suma: Entendeu, o Parquet, que o Paciente/Recorrente deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa das duas licitações, nº 043/2017 e nº 021/2017. Tanto que, o Parquet alega que o Paciente/Recorrente não atendeu aos parâmetros do art. 26 da Lei 8.666/1993.

Trata-se, portanto, de erro na forma da dispensa ao certame, não hipótese de dispensa fora das hipóteses previstas em lei. Tais condutas estavam enquadradas na moldura jurídica do art. 89 da Lei 8.666/1993, cujo tipo previa uma pena de 03 e

05 anos, para aqueles que dispensarem ou inexigirem licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixarem de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Ocorre que o dispositivo supracitado foi revogado pela Lei nº 14.133/2021. Nada obstante, a nova lei criou o art. 337-E do Código Penal, em substituição ao artigo revogado. Ocorre que o novo dispositivo reproduziu somente parte do art. 89 da Lei 8.666/93, caracterizando, com isso, a abolitio criminis da conduta de "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade". Este é o ponto central da discussão aviado no habeas corpus e que não foi enfrentada nestes termos no acórdão recorrido.”

Aponta violação do art. 41 do Código de Processo Penal, afirmando que “[h]ouve, inegavelmente, escolha de quem iria ser denunciado e por critérios ainda desconhecidos.”

E acrescenta: “No que tange ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, o Parquet também não descreveu adequadamente o elemento subjetivo do tipo penal.”

Requer, ao final, a concessão de liminar “a fim de se suspender, imediatamente, o curso da ação penal (processo nº: 8036324-66.2022.805.0000) perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. No mérito, pede o provimento do recurso ordinário para reconhecer a atipicidade dos fatos e a inépcia da denúncia.

Em 9 de julho último, indeferi a liminar e determinei abertura de vista dos autos à Procuradoria-Geral da República (edoc.115), que se manifestou pelo desprovimento do recurso, mediante parecer, assim ementado (edoc. 117):

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93. PRETENSÃO DE

RECONHECIMENTO DA ABOLITIO CRIMINIS. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. SUBSUNÇÃO AO TIPO PREVISTO NO ARTIGO 337-E DO CÓDIGO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DESSE STF. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO DEVIDAMENTE NARRADO NA DENÚNCIA. INDIVISIBILIDADE. PRINCÍPIO NÃO APLICÁVEL À AÇÃO PENAL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.”

**Examinados os autos, decido.**

Transcrevo a ementa do acórdão recorrido:

“PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993 PELO ART. 337-E DO CP. DENÚNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. HIGIDEZ DA EXORDIAL ACUSATÓRIA.

I - A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma.

II - Apesar da revogação da Lei n. 8.666/93 pela Lei n. 14.133/21, os crimes cometidos em prejuízo dos procedimentos licitatórios ou das contratações diretas realizados pela Administração Pública não foram revogados. Especificamente em relação crime previsto no art. 89 da Lei n. 8666/93, em continuidade típico-normativa, agora encontra-se em vigor no art. 337-E do Código Penal.

III - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a alegação de ausência de dolo específico, na fase de recebimento da denúncia, só pode ser acolhida quando for demonstrável **ictu oculi**. Caso contrário, é imperativo que se

permita o prosseguimento da ação penal visando à devida instrução probatória. No caso, à época do recebimento da denúncia, foram constatados indícios que apontavam para a existência do fim especial de causar danos ao erário, de modo que não havia motivos para proceder ao trancamento prematuro da ação penal.

IV - Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve descrever o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como a qualificação do acusado e a classificação do crime. Extrai-se claramente da inicial acusatória a narrativa de que o paciente, na condição de Prefeito, teria voluntária e deliberadamente contratado, com inobservância dos ditames legais, empresas para coleta de resíduos sólidos e transporte de materiais sem atentar para o interesse público. Da denúncia, observa-se a descrição acerca da contratação de empresa carente da necessária estrutura para prestação do serviço, destituída dos meios de transportes adequados para a coleta dos resíduos, bem como a ausência de especificação das atividades a serem efetivamente desempenhadas pelo contratado, de parâmetros de tarefas ou de remuneração, acarretando o suposto emprego ilícito de R\$ 2.437.327,55 (dois milhões quatrocentos e trinta e sete mil trezentos e vinte e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

V - A ação penal pública não é orientada pelo princípio da indivisibilidade, de modo que inexistente impedimento à exclusão de corréu. No caso, embora unicamente denunciado no bojo da ação originária, a denúncia aponta as empresas privadas que teriam sido beneficiadas pela conduta ilícita imputada ao paciente, não havendo falar em responsabilidade objetiva por isso, nem em indivisibilidade da ação penal pública.

Agravo regimental desprovido.”(doc. 90)

Pelo que há no julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça, não se verifica flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Pelo contrário, o julgado em questão mostra-se devidamente fundamentado,

estando justificado o convencimento formado.

Quanto à alegada revogação do tipo penal descrito no art. 89 da Lei nº 8.666/93 pela nova lei de licitações, o Ministro Relator no STJ assentou:

“Apesar da revogação da Lei n. 8.666/93 pela Lei n. 14.133/21, os crimes cometidos em prejuízo dos procedimentos licitatórios ou das contratações diretas realizados pela Administração Pública não foram revogados. Especificamente em relação crime previsto no art. 89 da Lei n. 8666/93, em continuidade típico-normativa, agora encontra-se em vigor no art. 337-E do Código Penal.”

Como visto, não se vislumbrou a aplicação da *“abolitio criminis”* tendo-se concluído pela migração da conduta ilícita prevista na Lei nº 8666/93 para a versada no art. 337-E: “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:”

A esse respeito, destaco:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. HIPÓTESE DE CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Verificada a descrição, ainda que sucinta, de fato que resultou na condenação do agravante, não há que se falar em afronta ao princípio da correlação. Precedentes. 2. As elementares do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/1993 estão contidas no art. 337-E do Código Penal, ambos abarcando a conduta atribuída ao agravante na denúncia. 3. O reconhecimento de nulidade processual pressupõe a demonstração de prejuízo efetivo.

Precedentes. 4. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 5. Agravo regimental desprovido.(HC 232382 ED-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-11-2023 PUBLIC 17-11-2023)”

No que concerne à suposta atipicidade dos fatos e demais irregularidades da peça acusatória a implicar a inépcia da denúncia, Sua Excelência consignou:

“Extrai-se claramente da inicial acusatória a narrativa de que **o paciente, na condição de Prefeito, teria voluntária e deliberadamente contratado, com inobservância dos ditames legais, empresas para coleta de resíduos sólidos e transporte de materiais sem atentar para o interesse público.** Da denúncia, observa-se a descrição acerca da **contratação de empresa carente da necessária estrutura para prestação do serviço, destituída dos meios de transportes adequados para a coleta dos resíduos, bem como a ausência de especificação das atividades a serem efetivamente desempenhadas pelo contratado, de parâmetros de tarefas ou de remuneração, acarretando o suposto emprego ilícito de R\$ 2.437.327,55 (dois milhões quatrocentos e trinta e sete mil trezentos e vinte e sete reais e cinquenta e cinco centavos).**

(...)

A ação penal pública não é orientada pelo princípio da indivisibilidade, de modo que inexistente impedimento à exclusão de corréu. No caso, embora unicamente denunciado no bojo da ação originária, a denúncia aponta as empresas privadas que teriam sido beneficiadas pela conduta ilícita imputada ao paciente, não havendo falar em responsabilidade objetiva por isso, nem em indivisibilidade da ação penal pública.”

**Todavia**, a situação retratada apresenta singularidades que autorizam a revisão do julgado. A par desse aspecto, a peça acusatória descreveu as condutas do paciente da seguinte forma (edoc.8):

“Narra a denúncia que durante o exercício financeiro de 2017, no âmbito do MUNICÍPIO DE ITAPETINGA, chefiado pelo alcaide RODRIGO HAGGE COSTA, **teria havido manejo irregular de rendas públicas e com indicativos de lavagem de dinheiro, eis que foram sacados de contas da Urbe, em espécie, na boca do caixa, numerário superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**. Instaurado o PIC, foram coletadas diversas informações junto aos órgãos de controle constatando em suma, com foco no ano de 2017, defeitos em contratações, notadamente no caso de dispensas de certames, com as contratações das empresas QU ALYMULTI SERVIÇOS EIRELI – ME e DAMASCENO E BATISTA LTDA – EPP, para coleta de resíduos sólidos e transporte de materiais, causados pela inobservância da necessidade de planejamento, defeitos de medições, quantificados inicialmente em R\$788.400,00 (setecentos e oitenta e oito mil e quatrocentos reais) e R\$207.000,00 (duzentos e sete mil reais) respectivamente.

(...)

(...) **o gestor, a partir de seu gabinete funcional**, situado na sede da municipalidade, **confeccionou e chancelou as Dispensas Licitatórias** nº 043/2017 e 021/2017, pactuando com os extraneus, servindo-se como instrumentos os Contratos nº 076/2017 e nº 026/2017, firmados em suposta situação de “emergência administrativa”.

(...) a Administração não externou quais atividades seriam efetivamente desempenhadas pelo contratado, nem os parâmetros de sua remuneração, demonstrando a precipitação por parte do gestor, ante a realização de um estudo da real necessidade do município, **resultando até no**

**subdimensionamento de algumas atividades do referido contrato, conforme atesta o Parecer Técnico nº 76/2022 – CEAT MP/BA, de 15/03/2022.**

“(…) na cláusula primeira do contrato nº 076/2017, o município estabelece quais os tipos de veículos necessários para a prestação do serviço, quais sejam: caminhões compactadores e veículos tipo pick-up/baú. Contudo, **a empresa contratada, a QUALYMULTI SERVIÇOS EIRELI – ME, não possuía em seu acervo qualquer um desses bens**, segundo informação do DETRAN/GO. Dessa forma, **restou prejudicada a prestação do serviço** para qual a empresa fora contratada.

(…) **o contrato foi acordado em R\$ 788.400,00** (setecentos e oitenta e oito mil e quatrocentos reais), **contudo, foram realizados aditivos à avença que impuseram à municipalidade gasto final na ordem de R\$ 2.023.327,55** (dois milhões, vinte e três mil, trezentos e vinte e sete reais e cinquenta e cinco centavos), **por ordenação financeira do prefeito** denunciado, entre os meses de agosto/2017 e abril/2018.

Narra, ainda, que o prefeito **RODRIGO HAGGE COSTA** se valeu da Dispensa a Licitação nº 021/2017, concebida junto à empresa DAMASCENO E BATISTA LTDA – EPP, avaliada em iniciais R\$ 207.000,00 (duzentos e sete mil reais), **com aditivos ao contrato, e ao final remunerada na ordem de R\$\$ 414.000,00 (quatrocentos e catorze mil reais)**, por ordenação do alcaide, entre os meses de maio e agosto de 2017, consoante ilustra a planilha III.

Afirma que as questões relativas às contratações pelo Poder Público nesse contexto (Art. 24, IV, Lei nº 8.666/93), não dão ao gestor liberdade absoluta para contratar serviços vagos, tampouco **onerar excessiva e desnecessariamente** os cofres da municipalidade, tanto que a norma estabelece condicionantes de tempo e de propósito, que não incluem o atendimento de conveniências pessoais e desatenção às normas do país.

(...) no caso em tela, a contratação da empresa DAMASCENO E BATISTA LTDA – EPP ocorreu com tamanho grau de improvisação, visto que a Administração não especificou quais atividades deveriam ser efetivamente desempenhadas pelo contratado, nem estabeleceu parâmetros de tarefas ou de remuneração, circunstâncias que denotam completa desorganização na contratação e na prestação do serviço objeto do contrato, que não foi devidamente delimitado pela municipalidade. De fato, ao contrário disso, **constou da avença a descrição do objeto de forma genérica, fato que impossibilitou a Central de Apoio Técnico – CEAT responder os questionamentos formulados acerca do contrato, conforme atesta o Parecer Técnico nº 76/2022 – CEAT MP/BA, de 15/03/2022**

Inferre-se, ainda, da denúncia, que o citado prefeito, nos anos de 2017 e 2018, **de modo propositado**, ao ordenar os mencionados pagamentos **empregou ilicitamente rendas públicas da PREFEITURA DE ITAPETINGA, em proveito dos particulares elencados na PLANILHA I, na razão de, pelo menos, R\$ 2.437.327,55 (dois milhões quatrocentos e trinta e sete mil trezentos e vinte e sete reais e cinquenta e cinco centavos).**

Na dicção do Órgão acusador, o paciente teria realizado o manejo irregular de verbas públicas, aludindo-se a contratações diretas das empresas QUALYMULTI SERVIÇOS EIRELI – ME e DAMASCENO E BATISTA LTDA – EPP, que supostamente não teriam condições técnicas de prestar os serviços públicos de coleta de resíduos sólidos e transporte de materiais no âmbito do município.

Sob a perspectiva do Ministério Público do Estado da Bahia, além das contratações indevidas a caracterizar o crime do art. 337-E do Código Penal, o paciente teria ainda incorrido na suposta prática do crime do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67.

Relativamente ao elemento subjetivo do tipo, o “*parquet*” estadual

consignou na peça acusatória (edoc. 8):

“Constata-se que, na prática, a municipalidade não obteve os melhores préstimos pelo particular acima declinado e por anuência do régulo, que de tudo era ciente, implicando em voluntário dano ao erário, tanto pela prescindibilidade dos afazeres, quanto pela falta de medições idôneas, não supridas pelas declarações unilaterais do contratado, que delimitou o modo de execução de serviços de interesse público e conseqüentemente, das razões de seus ganhos graciosos.

Esse deliberado *modus operandi*, de conseqüências gravosas, demonstra o intento manifesto de servir-se da *res publica* como se particular fosse, pouco importando normas, princípios e os esforços do contribuinte para a manutenção da estrutura estatal, sendo o período de transição administrativa mero pretexto para os desvios de numerário, desejados e praticados nas razões destacada nas PLANILHAS II e III, até porque as contraprestações financeiras pela Urbe não corresponderam à entrega dos serviços pelo particular.”

Pois bem.

De acordo com o ordenamento vigente, a denúncia, tal qual a queixa, deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado (ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo), a classificação do crime e, quando for o caso, o rol de testemunhas (CPP, art. 41). Tais exigências se fundamentam na necessidade de se precisarem, com acuidade, os limites da imputação, de modo a viabilizar não só o exercício da ampla defesa, mas também a aplicação da lei penal pelo órgão julgador.

A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa) revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal, em qualquer hipótese

É sabido que a presença de justa causa para a deflagração de uma ação penal é um dos pilares, da óptica da Lei Maior, de um processo penal verdadeiramente legítimo, havendo a preocupação de se subsumir o comportamento do infrator ao previsto na lei penal, mas sem se descuidar da observância dos preceitos contidos no texto magno.

Sob esse contexto, reporto-me ao profícuo raciocínio do eminente Ministro **Edson Fachin**, lançado no âmbito do INQ 3336, Tribunal Pleno, DJe 25/4/2023:

“2. Aspectos formais da peça acusatória.

No presente estágio da **persecutio criminis**, cinge-se a atividade jurisdicional a perscrutar a adequação da peça acusatória às garantias constitucionais e requisitos previstos em lei para a legítima deflagração da ação penal, não havendo espaço ao juízo de mérito acerca dos fatos sobre os quais o Estado exerce a pretensão punitiva.

Nessa ambiência, os aspectos formais essenciais à denúncia encontram-se descritos no art. 41 do Código de Processo Penal, segundo o qual, além da qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais seja possível identificá-lo, o fato criminoso deverá ser exposto com todas as suas circunstâncias.

O dispositivo materializa vertente da garantia ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988), consubstanciada na delimitação dos fatos sob julgamento e suas circunstâncias, propiciando ao acusado a possibilidade de pleno exercício do direito de defesa, pois cognoscível o ônus probatório a cargo do órgão acusatório, conforme preceitua o art. 156 do Código de Processo Penal, considerado o primado da estrita legalidade que vige no Direito Penal pátrio, nos termos do art. 1º do Código Penal.

Com efeito, a reprodução fática dos elementos

constitutivos de determinado ilícito penal abstratamente previsto em lei é pressuposto indispensável à responsabilização criminal no âmbito do Estado de Direito democrático, conforme garantia expressa no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, cuidando-se de norma voltada a limitar a atuação do Estado-juiz e que materializa a preconizada ultima ratio atribuída ao Direito Penal como instrumento de reconstrução da paz social violada pela prática delituosa.

Por tais razões, não há desenvolvimento válido do processo penal **sem a adequada descrição da conduta delituosa atribuída ao acusado, cuidando-se de encargo imposto ao órgão acusatório** cuja inobservância desborda no vício de inépcia, causa de rejeição da denúncia ou queixa, nos termos do art. 395, I, do Código de Processo Penal.”

Com efeito, tem-se que a narrativa do Ministério Público, apesar de demonstrar, de forma articulada, a suposta prática dos crimes do art. 337-E do CP e art. 1º, I, do Decreto-lei nº 202/67, **não descreve, em seu texto, o elemento subjetivo do tipo com os contornos exigidos para o caso,** apenas fazendo alusão às referidas contratações supostamente viciadas.

A exigência atinente à individualização da conduta é elementar tanto para a análise da intenção delituosa quanto para o exercício do direito de defesa.

A rigor, não se cuida propriamente de imputação vaga ou imprecisa, mas de ausência de imputação de fatos concretos e determinados, **reveladores do elemento dolo específico.**

Segundo José Frederico Marques,

“[o] que deve trazer os caracteres de *certa e determinada*, na peça acusatória, é a *imputação*. Esta consiste em atribuir à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos; por isso, imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada.

Uma vez que no fato delituoso tem o processo penal o seu objeto ou causa material, imperioso se torna que os atos, que o constituem, venham devidamente especificados, com a indicação bem clara do que se atribui ao acusado. A denúncia tem de trazer, de maneira *certa e determinada*, a indicação da conduta delituosa, para que em torno dessa imputação o juiz possa fazer a aplicação da lei penal, por meio do exercício de seus poderes jurisdicionais” (**Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.v. II. p. 152-153).

Para **Gustavo Badaró**,

“a imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo, pois, só pode ser atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal.

(...)

Se o processo serve para verificação da imputação, a sentença, como momento máximo de conclusão do processo, deve confirmar ou refutar a imputação. Assim, a sentença não pode fundar-se ou ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação” (**Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76/77).

Na espécie, tem-se ainda especificidade de maior relevância, pois a imputação atribuída ao paciente 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.**

Ao revés, narra, aparentemente, conduta de cunho culposo por parte

do paciente, “**demonstrando a precipitação por parte do gestor, ante a realização de um estudo da real necessidade do município, resultando até no subdimensionamento de algumas atividades do referido contrato**”, o que, à evidência, desnatura a tipicidade penal em análise.

Vide, nesse sentido, a lição de **Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 831)**, quando sustenta que

“o elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então seria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. **É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.** Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário”.

Logo, a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e demonstrar a vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, **o que não se mostrou evidente à luz da narrativa veiculada na denúncia.**

A esse respeito, lembra Márcio dos Santos Barros (**Comentários**

sobre **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005. p. 293) que

“talvez seja este o crime que maior preocupação traga ao administrador público porque diz respeito a assuntos absolutamente controvertidos, que dependem em grande parte de interpretação de questões não pacíficas. Assim, só pode ser aplicável à hipótese a clara e dolosa violação à lei.”

Em julgado no qual se discutiu a tipicidade de infração imputada a prefeito, destacou o então Relator, Ministro **Ayres Britto** (Inq. nº 2.646/RN – Tribunal Pleno, DJe de 7/5/10) o que segue:

“(…)

16. Todavia, esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo que não enxergo neste caso: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não é de ser, pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvem a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto.

17. Hely Lopes Meirelles, em seu clássico *Direito Municipal Brasileiro* (RT, 1985, p. 587/588), no mesmo tom, sustenta que as figuras típicas do art. 1º do Decreto Lei 201/67:

‘[...] só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem [...] Mas em se tratando de crime contra Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir’.”

Mestre **Aníbal Bruno** ensinou, há muito, que

“[o] resultado típico de dano ou de perigo para um bem jurídico tutelado pela lei penal conduz a ordem jurídica a procurar a vontade geradora desse resultado[, e, ainda, que o direito penal] é conceitualmente um Direito Penal da Culpabilidade[; depois de mencionar Mayer, afirma que a] condenação da responsabilidade pelo resultado e essa exigência da responsabilidade pela culpabilidade vieram como produto de um processo longo de criação jurídica, que ainda hoje não chegou ao seu termo[, lembrando que, nas origens,] ‘houve uma fase de pura responsabilidade objetiva” (**Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. v. I, Tomo 2º, p. 23-24 (Parte Geral).

Não é por outra razão que **Nilo Batista** indica que

“[o] princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas, deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja

reprovável".

Para esse jurista, escapar da responsabilidade objetiva impõe que,

"[para] além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena".

Segundo **Nilo Batista**:

"o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta a um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma 'a culpabilidade não se presume', que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: 'a culpa não se presume'. A responsabilidade penal é sempre subjetiva" (**Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. REVAN, p. 103-104).

De igual modo, **Rogério Greco** assinala, invocando a lição de Nilo Batista:

"[P]ara que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a

título de dolo ou culpa pela agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva" (**Curso de Direito Penal**. 4. ed. Impetus, 2004. p. 100 (Parte Geral)).

Destaque-se ainda decisão desta Suprema Corte, sob a relatoria da Ministra **Cármen Lúcia**, segundo a qual a **ausência de provas da frustração dolosa do caráter competitivo da licitação** conduz à improcedência da ação, com a absolvição do réu (AP nº 430/RS, Tribunal Pleno, DJe de 26/9/08).

Nesse mesmo sentido:

“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 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. nº 3.077/AL, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 25/9/12 - grifei);

“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 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 nº 2.482/MG. Tribunal Pleno, relator para o acórdão o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/2/12 - grifei).

Por fim, anoto o entendimento lançado no julgamento do INQ 2616, de minha relatoria:

“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 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 2616, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29-05-2014, DJe-29-08-2014)

Ante o exposto, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme a fundamentação expendida, **concedo** a ordem de habeas corpus **para trancar a ação penal** nº 8036324-66.2022.805.0000 formalizada no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia,

**RHC 243452 / BA**

relativamente ao paciente, sem prejuízo de eventual reapresentação de denúncia corretamente articulada e estribada em novas provas (CPP, art. 18), das quais se possa aferir, ainda que em caráter perfunctório, o necessário dolo específico por parte do ora paciente.

Publique-se.

Brasília, 2324 de setembro de 2024

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

*Documento assinado digitalmente*