



Súmula n. 645

SÚMULA N. 645

O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem.

Referência:

Lei n. 8.666/1993, art. 90.

Precedentes:

RHC	74.812-MA	(5ª T, 21.11.2017 – DJe 04.12.2017)
AgRg no AREsp	1.088.099-MG	(5ª T, 06.02.2018 – DJe 16.02.2018)
HC	373.027-BA	(5ª T, 20.02.2018 – DJe 26.02.2018)
HC	300.910-PE	(5ª T, 27.02.2018 – DJe 06.03.2018)
HC	341.341-MG	(5ª T, 16.10.2018 – DJe 30.10.2018)
RHC	94.327-SC	(5ª T, 13.08.2019 – DJe 19.08.2019)
AgRg no AREsp	1.127.434-MG	(6ª T, 02.08.2018 – DJe 09.08.2018)
AgRg no REsp	1.679.993-RN	(6ª T, 20.03.2018 – DJe 16.04.2018)
		acórdão publicado na íntegra
REsp	1.597.460-PE	(6ª T, 21.08.2018 – DJe 03.09.2018)
AgRg no REsp	1.737.035-RN	(6ª T, 11.06.2019 – DJe 21.06.2019)

Terceira Seção, em 10.2.2021

DJe 18.2.2021

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.679.993-RN
(2017/0152993-0)**

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Relator para o acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior

Agravante: Francisco Roberto Maia

Agravante: Herbeth Florentino Gabriel

Agravante: Marino Eugenio de Almeida

Advogados: Fabiano Falcão de Andrade Filho e outro(s) - RN004030

Carlos Eduardo Ramos Barros e outro(s) - PE024468

Eduardo Antonio Dantas Nobre - RN001476

Boris Marques da Trindade e outro(s) - RN000994A

Eduardo Trindade - PE016427

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Fraude ao caráter competitivo da licitação. Art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Nulidades decorrentes da ausência dos réus e de seus defensores na audiência de inquirição de testemunhas e da consideração da prova ilícita para a condenação. Teses que não foram prequestionadas. Aplicação da Súmula 282/STF. Tipicidade. Crime formal. Aperfeiçoamento com a quebra do caráter competitivo entre os participantes do processo licitatório. Desnecessidade de ocorrência de prejuízo.

1. As alegadas nulidades decorrentes da ausência dos réus e de seus defensores na audiência de inquirição de testemunhas e da consideração de prova ilícita não foram discutidas pelo acórdão recorrido, inexistindo o requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF.

2. Quanto à tipicidade da conduta, a conclusão obtida pelo Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte de que [...] *o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece "um crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva*

se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp n. 1.498.982/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/4/2016). Precedentes.

3. Dosimetria. Ilegalidade. Não se justifica o aumento da pena sob o argumento de que as circunstâncias são negativas em razão de os agravantes simplesmente responderem outras ações semelhantes, sem que elas tenham condenação transitada em julgado e após ter sido reconhecido serem possuidores de bons antecedentes e serem primários. Também não se sustenta usar elementos do próprio tipo penal – o delito impossibilitou a chance de ser selecionada a proposta efetivamente mais vantajosa ao Poder Público, sendo prejuízo ínsito à quebra da competitividade inerente ao certame – para majorar a pena a título de consequências negativas. Possibilidade de concessão de ordem de ofício.

4. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena final em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime aberto, podendo, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, ser a pena substituída por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e, por maioria, conceder a ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão. Vencidos, nessa parte, os Srs. Ministros Relator e Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto a negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro, quanto a conceder a ordem de ofício.

Brasília (DF), 20 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 16.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de agravo regimental interposto por FRANCISCO ROBERTO MAIA, HERBETH FLORENTINO GABRIEL e MARINO EUGENIO DE ALMEIDA contra decisão na qual conheci parcialmente do recurso especial e, nessa parte, neguei-lhe provimento.

Consta nos autos que os recorrentes foram condenados, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório), à pena total de 3 anos de detenção, a ser cumprida em regime inicialmente aberto (e-STJ fls. 486/504).

O recurso de apelação da defesa foi desprovido em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 738/739):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ART. 90, DA LEI N. 8.666/1993. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE NATUREZA FORMAL.

1. Apelação criminal interposta por HEBERT FLORENTINO GABRIEL, FRANCISCO ROBERTO MAIA e MARINO EUGÊNIO DE ALMEIDA, qualificados nos autos, contra sentença que julgou procedente a ação penal, condenando-os pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93 ("Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório"), à pena de 03 (três) anos de detenção e de multa, no valor de 3% sobre o valor do contrato celebrado pela Empresa Brasileira de Trens Urbanos - CBTU.

2. Narra a denúncia, investigações policiais deram conta de esquema de conluio levado a efeito pelas empresas do Grupo Emvipol a fim de que estas saíssem vitoriosas de processos licitatórios, em violação ao caráter competitivo do certame. Narra, ainda, que os apelantes seriam responsáveis pela prática de fraude à licitação promovida pela CBTU em dezembro de 2004, na qual se sagrou vencedora a empresa Natal Tecnologia e Segurança Ltda. (NTS), gerida por aqueles e integrante do precitado Grupo Emvipol.

3. Em suas razões recursais, os apelantes alegam: a) nulidade decorrente da ausência de intimação da defesa técnica para acompanhar a oitiva de testemunha no juízo deprecado; b) invalidade de prova ("mapa de acompanhamento") supostamente apreendida, com base em mandado de busca e apreensão, na residência de um dos réus, mas não arrolada no Auto Circunstanciado; e c) ausência de dano ao erário oriundo da conduta praticada pelos recorrentes, a afastar tipicidade desta.

4. A defesa foi intimada da expedição da deprecata para oitiva da testemunha de defesa, o que, nos termos da Súmula n. 273 do STJ («Intimada a defesa da expedição

da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”), torna desnecessária a intimação da data de realização de audiência no juízo deprecado. Precedentes.

*5. Ademais, a aludida testemunha nada acrescentou à elucidação dos fatos, não tendo servido de fundamento à sentença condenatória, incorrendo, pois, prejuízo à defesa. Inteligência do princípio *pas de nullité sans grief* e do art. 563 do CPP (“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação, ou para a defesa”). Vencido o Relator que entendia haver prejuízo à defesa.*

6. Afastada a preliminar de invalidade de prova (“mapa de acompanhamento”) apreendida, com base em mandado de busca e apreensão, na residência de um dos réus, mas não arrolada especificamente no Auto Circunstanciado. Excerto da sentença transcrito e adotado como razão de decidir: «(...) não se vislumbra qualquer irregularidade pelo fato de as autoridades responsáveis pelas diligências terem apreendido os documentos e objetos que pareceram úteis, num primeiro momento, ao deslinde do feito, inventariando-os de forma genérica, para posteriormente lavrarem um auto circunstanciado e fazerem uma análise criteriosa e detalhada da documentação apreendida, não se vislumbrando qualquer vício nesse procedimento. Isso porque, além de a diligência ter sido realizada com o respaldo judicial, é certo que a apreensão de uma grande quantidade de documentação entre os pertences de um dos réus inviabilizaria, por completo, o sucesso e conclusão ágil do cumprimento dos mandados se os policiais tivessem que descrever detalhadamente, naquela ocasião, o conteúdo de cada pasta, agenda, arquivos de computadores, somente passíveis de identificação pormenorizada de cada elemento apreendido em momento posterior (...).”

7. Por tratar o tipo penal descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/93 de crime de natureza formal, despicienda se mostra a análise acerca da existência ou não de prejuízo ao erário e/ou obtenção de vantagem indevida, sendo suficiente para a configuração do delito a conduta destinada a afastar a competitividade do certame. Precedentes.

8. Não merece reproche o comando decisório de 1º grau, porquanto o Magistrado seguiu, com precisão e ponderação, á análise de todos os elementos coligidos aos autos.

Apelação improvida.

No apelo nobre, apontaram os recorrentes violação aos arts. 155 e 564, III, ambos do Código de Processo Penal, além de divergência jurisprudencial. Argumentaram, em síntese, a nulidade do feito pela ausência dos recorrentes e de seus defensores na audiência de intimação de testemunhas e também pela consideração de prova ilícita para a condenação, e, ainda, a atipicidade da conduta perpetrada em virtude da não comprovação de prejuízo ao erário.

No *decisum* de e-STJ fls. 1.020/1.026, conheci parcialmente do recurso especial, em virtude da aplicação da Súmula n. 282/STF quanto às nulidades

alegadas e, na parte conhecida, neguei-lhe provimento porque ratifiquei o entendimento do Tribunal de origem de que o delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 se aperfeiçoa com a quebra do caráter competitivo entre os participantes do processo licitatório, sem exigência de prejuízo ao erário.

Os recorrentes interpõem o presente agravo regimental, no qual rechaçam a aplicação da Súmula n. 282/STF, além de afirmarem que, “*conquanto se colecionam julgados proclamadores de que tal crime se classifica como delito de consumação antecipada e, assim, de natureza formal (Ribeiro Dantas, HC 384.302; Rogério Schietti Cruz, REsp 1.484.415; Joel Ilan Paciornik, AgRg no REsp 1.387.099 etc), encontram-se, também, arestos que proclamam a natureza material do referido delito, nos quais se defende a tese de que o crime definido no art. 90, da Lei de Licitações, exige, para a sua consumação, o resultado danoso, isto é, o dano ao erário, o prejuízo material à Administração Pública*” (e-STJ fl. 1.037).

Assim, requerem que seja reconsiderada a decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente e que o recurso especial seja provido.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

De fato, conforme asseverado no *decisum* embargado, quanto às alegadas nulidades decorrentes da ausência dos réus e de seus defensores na audiência de inquirição de testemunhas e também da consideração de prova ilícita para a condenação, *não houve debate de forma específica na origem* e nem a oportuna provocação do exame da *quaestio* por meio de embargos de declaração (os aclaratórios opostos não trataram de tais temas). Em tal particularidade, ausente o necessário requisito do prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356/STF).

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA. ERRO MATERIAL NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, “b”, e § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A suposta existência de erro material na fixação da reprimenda não foi tratada pelo acórdão recorrido e tampouco foram opostos embargos de declaração para sanar o suposto defeito. Aplica-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 980.386/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)

Lado outro, quanto à tipicidade da conduta, repiso que a conclusão obtida pelo Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte de que “o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece um ‘crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitativa se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp n. 1.498.982/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/4/2016).

Confirmam-se, ainda, a respeito, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/1993, ART. 90). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO. TIPICIDADE DO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. EXISTÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. INTENÇÃO DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO LICITADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

5. **Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, caput), haja vista ser dominante do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário.** Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a efetiva adjudicação

do objeto ao autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito ativo é o agente público.

6. Os crimes do caput e do parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, visto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. **Diversa é a situação do crime do art. 90 da referida Lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89. Por conseguinte, o dolo específico exigido para o crime do art. 90 é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como prescreve a jurisprudência para o crime do art. 89, ambos, como se afirmou, da Lei n. 8.666/1993.**

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 384.302/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017, grifei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO. ART. 90 DA LEI N. 8.666/93. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. DISPENSABILIDADE DA LICITAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SUMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. **O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde da existência de dano ao erário, “haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp 1.484.415/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2016).**

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 638.139/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016, grifei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Firme nesta Corte o entendimento de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde do prejuízo, “haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp 1.484.415/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2016).**

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.387.099/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 31/08/2016, grifei)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LAPSO NÃO TRANSCORRIDO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO DE FORMA IDÔNEA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO. IRRELEVÂNCIA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993.

[...]

6. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração e a obtenção de vantagem pelo agente são irrelevantes para a configuração do delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.549.735/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 17/02/2016, grifei)

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental.*

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Acompanho o Relator quanto ao desprovemento do agravo regimental.

No entanto, li a sentença e entendo que realmente cabe aqui a concessão de *habeas corpus* de ofício no que se refere à dosimetria. O fato de a questão aqui posta não ter sido superada não impede a concessão de ordem de ofício, tendo em vista que se trata, ao meu ver, de ilegalidade patente.

A culpabilidade está plenamente justificada. O mesmo não ocorre, porém, quanto às circunstâncias – foi considerado o fato de os agravantes responderem a outras ações por fatos semelhantes, ações essas que não afastaram a condição de primários e possuidores de bons antecedentes – e às consequências – o argumento de que o delito impossibilitou a chance de ser selecionada a proposta efetivamente mais vantajosa ao Poder Público, sendo o prejuízo ínsito à quebra da competitividade inerente ao certame, é, para mim, próprio do tipo penal. Assim, entendo que tais circunstâncias de aumento de pena não podem prevalecer.

O reconhecimento de três circunstâncias implicou o aumento da pena em 1 ano (mínimo de 2 anos, sendo ela fixada em 3 anos), considerando que excludo, aqui, duas das três circunstâncias negativas consideradas, fixo a pena final em 2 anos e 4 meses.

Assim, *nego provimento* ao agravo regimental, mas *concedo* a ordem de ofício para fixar a pena final em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime aberto, podendo, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, ser a pena substituída por restritivas de direitos.