

RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.804 - MG (2013/0357649-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECORRIDO : **WAGNER RIBEIRO DE BARROS**
ADVOGADOS : **JOSÉ ARTHUR DI SPIRITO KALIL**
: **RAPHAEL SILVA PIRES E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ANTÔNIO ABRAHÃO CARAM FILHO**
PROCURADOR : **JOSE SAD JUNIOR E OUTRO(S)**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DE FRAUDE À LICITAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. CONDOMÍNIO. RELAÇÃO REGIDA PELO DIREITO PRIVADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O *condomínio edilício* é regido pelo Direito Privado - arts. 1.331 e seguintes do Código Civil e Lei 4.591/1964 e alterações posteriores.
2. O só fato de entes públicos serem proprietários de frações ideais de um imóvel não determina que os atos do condomínio necessitem ser praticados à luz do Direito Público, mormente a contratação de bens e serviços, como a exploração de área comum (estacionamento). Precedente do STJ.
3. Para a aplicação do Direito Penal, exige-se a perfeita subsunção do fato à norma penal invocada. No caso concreto, desnecessário que o síndico observasse a Lei 8.666/1993, por não se tratar de órgão público ou ente público obrigado a licitar ou, ainda, de relação de direito público, mas privado. Destarte, sendo atípica a conduta, o caminho obrigatório era mesmo a rejeição da denúncia.
4. Recurso especial conhecido e desprovido.

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, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2015 (Data do Julgamento).

Superior Tribunal de Justiça

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.804 - MG (2013/0357649-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : WAGNER RIBEIRO DE BARROS

**ADVOGADOS : JOSÉ ARTHUR DI SPIRITO KALIL
RAPHAEL SILVA PIRES E OUTRO(S)**

RECORRIDO : ANTÔNIO ABRAHÃO CARAM FILHO

PROCURADOR : JOSE SAD JUNIOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, em adversidade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (e-STJ fls. 711).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA. REJEITOU A DENÚNCIA. ATIPICIDADE DOS FATOS. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. Sendo o condomínio regido pelo direito privado, não é obrigatória a licitação para conceder a exploração comercial do estacionamento. Dessa forma, o procedimento realizado é similar ao licitatório e por isso não precisa atender aos requisitos da Lei 8.666/93. Assim, atípico o ato praticado pelos réus, não havendo justa causa para a ação penal.

O recorrente alega ofensa ao art. 395, III, do Código de Processo Penal e 90 da Lei 8.666/93. Afirma que o Tribunal *a quo* desconsiderou o fato de que o condomínio foi constituído por entidades públicas e privadas, com o propósito de administrar áreas comuns de um imóvel público. Assim, os atos e contratos celebrados, dentre os quais o contrato referente ao estacionamento, devem obedecer ao disposto na Lei 8.666/1993.

Sustenta que a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa, somente é admitida em hipóteses excepcionais, nas quais o fato em apuração se apresente evidentemente atípico, o que não ocorre no caso dos autos.

Superior Tribunal de Justiça

Com contrarrazões (e-STJ fls. 767/776 e 777/784), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 786/788).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 801/814):

RECURSO ESPECIAL FUNDADO NO ART. 105, III, "A", DA CF/88. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 90 DA LEI 8.666/93 E AO ART. 395, III, DO CPP. DEMONSTRAÇÃO. FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONDOMÍNIO FORMADO EM PARTE POR ENTES PÚBLICOS PARA ADMINISTRAR BEM MAJORITARIAMENTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA CONCEDER O USO DO REFERIDO BEM. EMPRESA EXPLORADORA DE ESTACIONAMENTO. TRANCAMENTO INDEVIDO DA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO PARA APURAR RESPONSABILIDADE PENAL DOS RECORRIDOS. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.804 - MG (2013/0357649-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se, na origem, de denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de Antônio Abraão Caram Filho e Wagner Ribeiro de Barros, porque, segundo alegou, os *denunciados, no exercício de cargos públicos de gestão do IPSEMG e do Centro de Especialidades Médicas (CEM), em novembro de 2009, frustraram o caráter competitivo de procedimento licitatório, em benefício da empresa MINAS PARK APARECIDA ESTACIONAMENTOS Ltda., concedendo-lhe o direito de explorar comercialmente o serviço de estacionamento em imóvel público, mediante falso procedimento licitatório, gerando enriquecimento ilícito de terceiro e prejuízo ao erário.*

Segundo a denúncia, para administrar o espaço comum do Centro de Especialidades Médicas, foi criado o Condomínio do Centro de Especialidades Médicas, nos termos do previsto no Código Civil e da Lei 4.591 de 16/12/1964, com alterações da Lei 10.931/2004, conforme Convenção de Condomínio averbada sob o n. R-5.284, de 18/5/2009, Livro 3 de Registro Auxiliar, do 4º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Consoante a denúncia, o Síndico (segundo denunciado) não observou a Lei 8.666/1993 na escolha da empresa para exploração do estacionamento do Centro de Especialidades Médicas. O condomínio, *formado entre os entes administrativos sequer possuía comissão de licitação e não foi dada publicidade aos atos*, imputando aos denunciados a prática do delito tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, na forma do art. 29 do Código Penal.

O MM. Juiz de primeiro grau rejeitou de plano a acusação, nos seguintes termos (e-STJ fls. 574/575):

Consta dos autos denúncia oferecida em desfavor de ANTÔNIO

Superior Tribunal de Justiça

ABRAHÃO CARAM FILHO e WAGNER RIBEIRO DE BARROS, imputando-lhes a conduta típica prevista no art. 90 da Lei 8.666/93.

Dispõe o Código de Processo Penal que a denúncia pode ser rejeitada nos seguintes casos:

"Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

IXT - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. (Revogado)."

Narra a denúncia que houve fraude à licitação para a concessão da exploração comercial de espaço público.

Outrossim, o espaço cedido trata-se de um condomínio, CONDOMÍNIO DO CENTRO DE ESPECIALIDADES MÉDICAS, que é constituído por entes públicos e privado, onde são co-proprietários o IPSEMG, o Município de Belo Horizonte e a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte.

Consta, ainda, na exordial, que a administração do condomínio referente à propriedade comum foi atribuída ao síndico, escolhido em assembléia.

Portanto, no caso dos autos, a administração do condomínio é regida pelo direito privado, de acordo com o Código Civil e Lei 4.591/64. Sendo assim, na qualidade de co-proprietária, a Administração Pública se submete ao regime de direito privado, atuando no mesmo plano jurídico dos particulares e, portanto, não há que se falar em obrigatoriedade de licitação.

Ademais, o fato de a Administração Pública fazer parte do condomínio, por si só, não o transforma em entidade pública regida pelo direito público com obrigação de se submeter as regras da Lei 8.666/93.

Na exploração do estacionamento não se vislumbra interesse público que possa se sobrepor ao interesse privado e, por consequência, a conduta descrita na inicial é atípica.

Ante o exposto, rejeito a denúncia, por falta de justa causa para o exercício da ação penal, nos termos do art. 395, III, do C. P. P.

O Tribunal mineiro confirmou a decisão singular, acrescentando (e-STJ fls. 714/715):

Nota-se que os réus foram acusados por fraudar procedimento licitatório. Entretanto, conforme afirmado pela juíza de primeiro grau, por se tratar de um condomínio ao qual se aplica as regras de

Superior Tribunal de Justiça

direito privado, a licitação não era obrigatória para a referida operação.

No mesmo sentido o parecer do Procurador de Justiça "neste sentido, e como sublinhado na decisão sob apreço, o fato de a Administração Pública integrar o condomínio, não o transforma em entidade pública a se submeter às regras da Lei de Licitações – Lei 8.666/93 (fl. 623).

Dessa maneira, não estando sujeitos ao regime jurídico de direito público, os réus realizaram procedimento similar ao de uma licitação e não de fato, um procedimento licitatório. Por tal motivo, não precisavam cumprir os requisitos e princípios da Lei 8.666/93.

Pelo exposto, entendo atípica a ação dos réus Antônio Abrahão Caram Filho e Wagner Ribeiro de Barros, tendo em vista que não houve licitação nos termos da Lei 8.666/1993 e por isso a conduta praticada não se amolda ao delito previsto no art. 90 da referida Lei.

Sendo atípico o ato, não há justa causa para a ação penal e deve ser rejeitada a denúncia nos termos do art. 395, III, do CPP.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantendo inalterada a decisão singular.

Ao que se tem dos autos, o condomínio do Edifício do Centro de Especialidades Médicas é formado pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, com aproximadamente 49% de participação na fração ideal, o IPSEMEG (Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais), com aproximados 42% de participação na fração ideal, e o Município de Belo Horizonte, com cerca de 7% em participação na fração ideal (e-STJ fls. 534).

A hipótese é de um *condomínio edilício*, regido pelo Direito Privado - arts. 1.331 e seguintes do Código Civil e Lei 4.591/1964 e alterações posteriores. Não se examina, pois, sequer se há maioria de fração ideal do imóvel pelo o Poder Público. O direito aplicável não tem natureza pública. O instituto (condomínio) é de direito privado.

Com efeito, o só fato de entes públicos serem proprietários de frações ideais de um imóvel não determina que os atos do condomínio necessitem ser praticados à luz do Direito Público, mormente a contratação de bens e serviços, como a exploração de área comum (estacionamento)

Tanto assim que o Ministério Público, na apelação, alude que a

sentença *restringiu-se ao cabimento ou não de procedimento licitatório à hipótese narrada na exordial acusatória. Contudo, APESAR DE DESNECESSÁRIO, uma vez que se optou por realizar a licitação, esta deve ser feita em estrita obediência aos ditames legais* (e-STJ fls. 581). Assim, o próprio órgão acusatório admite que a licitação era mesmo *desnecessária*, mas se foi feito um procedimento similar, ele deveria ter obedecido as disposições da Lei 8.666/1993.

A argumentação não se sustenta, uma vez que, para a aplicação do Direito Penal, exige-se a perfeita subsunção do fato à norma penal invocada. No caso concreto, desnecessário seguir a Lei 8.666/1993, por não se tratar de órgão público ou ente público obrigado a licitar ou, ainda, de relação de direito público, mas privado. Destarte, sendo atípica a conduta, o caminho obrigatório era mesmo a rejeição da denúncia.

O condomínio edilício é ente despersonalizado regido pelo Direito Privado. A administração compete ao síndico, cabendo-lhe prestar contas de suas atividades aos demais condôminos. O poder público, quando participa de um condomínio edilício, só por essa característica, não tem prevalência sobre os demais condôminos. Assim, não pode obrigá-los a seguir regras aplicáveis apenas à Administração Pública, sob pena de subverter a própria natureza do instituto, obstando os procedimentos rotineiros indispensáveis ao cumprimento das atividades de gestão do condomínio.

Registre-se que os condomínios edilícios não figuram dentre aqueles entes obrigados à licitar mencionados no art. 37, XXI, da Constituição Federal ou na Lei 8.666/1993 (União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou órgãos da Administração direta e fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Esta Corte, em julgado relativo à extinção de condomínio em que uma das partes era o Poder Público, já se pronunciou pela aplicação do direito privado, não obstante o regime especial de alienação de bens públicos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. FRAÇÃO PERTENCENTE A MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. PRESCINDIBILIDADE.

1. *É direito potestativo do condômino de bem imóvel indivisível promover a extinção do condomínio mediante alienação judicial da coisa (CC/16, art. 632; CC/2002, art. 1322; CPC, art. 1.117, II). Tal direito não fica comprometido com a aquisição, por arrecadação de herança jacente, de parte ideal do imóvel por pessoa jurídica de direito público.*

2. *Os bens públicos dominicais podem ser alienados "nos casos e na forma que a lei prescrever" (CC de 1916, art. 66, III e 67; CC de 2002, art. 101). Mesmo sendo pessoa jurídica de direito público a proprietária de fração ideal do bem imóvel indivisível, é legítima a sua alienação pela forma da extinção de condomínio, por provocação de outro condômino. Nesse caso, a autorização legislativa para a alienação da fração ideal pertencente ao domínio público é dispensável, porque inerente ao regime da propriedade condominial.*

3. *Recurso especial a que se nega provimento.*

(RESp 655.787-MG, DJU de 05/09/2005).

Em seu douto voto, o relator, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, aduziu o seguinte, no que interessa:

Todavia, a situação em exame nos autos é peculiar. A pessoa de direito público não tem o domínio de todo o bem, mas apenas de uma fração ideal, de 1/3. Assim, o seu direito de propriedade - proveniente da transmissão da fração ideal por herança jacente - está, necessariamente, relativizado pela imperiosa necessidade de preservação do direito dos demais condôminos, especialmente o direito potestativo de extinguir o condomínio, que não pode ficar comprometido. Assim, o regime de alienação do imóvel indivisível não pode ficar submetido aos desígnios de qualquer dos condôminos em particular. Não é por outra razão que a lei prevê, para esses casos, forma especial de alienação, que se dá sob estrito controle judicial, em leilão público, precedido de avaliação. A rigor, conforme se percebe, a forma estabelecida no Código de Processo Civil para a alienação judicial está cercada de cuidados semelhantes aos estabelecidos no art. 17 da Lei nº 8.666/93, acima reproduzido. A prévia autorização legislativa, no caso, é prescindível porque implícita, já que inerente ao regime jurídico dos bens em condomínio, que encerra, como se fez ver, o direito potestativo de cada um dos condôminos de requerer sua alienação judicial. (REsp. 655.787/MG, DJ de 5/5/2005).

Superior Tribunal de Justiça

O Ministro JOSÉ DELGADO, em voto-vista proferido na ocasião, destacou:

No caso de cota condominial, o Poder Público há de sujeitar-se às regras de Direito Privado, isto é, do Código Civil. Nesse panorama, o imóvel é coisa indivisível, pode o condomínio ser extinto, garantindo-se, apenas, quando da alienação, o proveito da cota-ideal do Poder Público.

A administração está, portanto, submetida, nessa relação jurídica, a um regime de direito privado.

Por fim, anoto que esta Corte confirmou decisão que rejeitou, de plano, por ausência de dolo e prejuízo ao erário, a ação de improbidade administrativa intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 10 da Lei 8.429/92, em desfavor da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, de Minas Park Aparecida Estacionamentos Ltda., de Wagner Ribeiro de Barros e Antônio Abraão Caram Filho (AREsp. 626.700/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIM, DJe 15/6/2015).

Ante o exposto, **conheço** do recurso e **nego-lhe provimento**.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2013/0357649-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.413.804 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 024112255849 10024112255849 10024112255849001 10024112255849003
24100006139 24112255849

PAUTA: 08/09/2015

JULGADO: 08/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : WAGNER RIBEIRO DE BARROS

ADVOGADOS : JOSÉ ARTHUR DI SPIRITO KALIL

RAPHAEL SILVA PIRES E OUTRO(S)

RECORRIDO : ANTÔNIO ABRAHÃO CARAM FILHO

PROCURADOR : JOSE SAD JUNIOR E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. JOSÉ ARTHUR DI SPIRITO KALIL (P/RECDO)

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, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.