

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 108.813 - SP (2019/0053007-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por **Augusto Pereira Pestana de Castro** contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no HC n. 2213128-45.2018.8.26.0000, que denegou a ordem, mantendo o processamento da Ação Penal n. 1000762-81.2018.8.26.0288, nos termos da seguinte ementa (fl. 2.799):

HABEAS CORPUS – DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI –

Pretendido trancamento da ação penal, fulcrada na inocência e primariedade do paciente, inépcia da denúncia, ausência de dolo e de prejuízo ao erário e por falta de justa causa – Por proêmio, inviável a apreciação das teses aventadas sobre o mérito da questão nos estreitos limites deste "writ", por demandarem dilação probatória aprofundada Não conhecimento nesta parte – No mais, prosseguimento do feito que se mostra imperativo a excelência da prestação jurisdicional – Inexistência de elementos de convicção sólidos o bastante para afastar, sumariamente, a acusação deduzida e a possível participação do paciente – Denúncia que indica a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, além dos indícios de autoria e prova da materialidade Inteligência do art. 41, do CPP – Dilação probatória acerca da prática delitiva que se mostra incompatível com os estreitos limites do remédio heróico – Ausência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa Inexistência de constrangimento ilegal.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

Narram os autos que o recorrente foi denunciado, como incurso no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, por ter, supostamente *se valido da sociedade empresária de que era representante e concorreu para a consumação da ilegalidade descoberta, na medida em que se aproximou do Poder Público e se passou como representante exclusivo dos artistas contratados – aliás, como já fizera em anos anteriores. Além disso, beneficiou-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público* (fl. 231).

Recebida a denúncia pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Ituverava/SP, Ação Penal n. 1000762-81.2018.8.26.0288, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça paulista buscando o trancamento da ação penal.

Superior Tribunal de Justiça

Denegada a ordem, a defesa aponta, no presente recurso ordinário, constrangimento ilegal decorrente da inépcia da denúncia, da ausência de justa causa para a ação penal, além de ofensa à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Alega a inépcia na exordial acusatória, por entender que *teria se limitado a afirmar que houve dispensa ilegal da licitação, deixando de demonstrar o dolo específico, bem como os prejuízos causados ao erário público e, neste aspecto, ressalta-se que a denúncia sequer menciona o valor da contratação* (fl. 2.816).

Sustenta que, *em nenhum momento, questionou-se a escolha dos artistas, o valor pago pelo cachê e tampouco falou-se em prejuízo ao erário, de forma que sequer há menção do valor da contratação realizada entre a Prefeitura Municipal de Ituverava e a empresa H. G. P. Promoções e Eventos Ltda. Pelo contrário, reconheceu-se na denúncia a notoriedade nacional e o reconhecimento pela crítica especializada dos artistas contratados, bem como o pagamento dos cachês conforme os valores praticados na época* (fl. 2.816).

Argumenta que, *tal como decidiu essa e. Corte de Justiça, em situação idêntica a dos autos, inexistente justa causa para a persecução criminal, pois não haveria quaisquer elementos indiciários que demonstrassem a ocorrência de danos ao erário e dolo específico* (fl. 2.816).

Entende que *se a lesão ao erário e o dolo específico do agente de causar prejuízo e dano ao erário são elementos essenciais para a configuração do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, [...] é evidente que, por força da disposição expressa do art. 41 do CPP, devem estar descritos na denúncia* (fl. 2.817).

Defende que *não tendo o paciente [...] sequer assinado o contrato com o ente público, não havendo nenhuma alegação de superfaturamento do valor cobrado pelas contratações [...] e não tendo o órgão acusador obtido êxito em demonstrar qualquer atitude por parte do aqui recorrente, no sentido de participar ou influenciar de qualquer forma o Município que decidiu pela contratação por inexigibilidade de licitação, por fundamento em manifestação de vários departamentos, inclusive jurídico, o trancamento da ação penal é medida que se*

Superior Tribunal de Justiça

impõe (2.825).

Assevera que a contratação da Empresa H. G. P. Promoções e Eventos deu-se após o trâmite de um processo administrativo regular, sendo que pelo princípio da legitimidade, presumem-se legítimos os atos praticos pela Administração Pública. O processo de inexigibilidade de Licitação está fundamentado em Parecer da Procuradoria Municipal, bem como de outros departamento. Portanto, não houve qualquer conluio, qualquer acerto, qualquer distorção no objeto ou em valores a fim de obter vantagem indevida. Foram contratados shows de artistas que faziam sucesso naquela oportunidade e em valores praticados e até abaixo do mercado, conforme comprovam as inclusas declarações firmadas pelos próprios artistas que se apresentaram na época (fl. 2.828).

Aduz que a empresa H. G. P. Promoções somente foi contratada porque possuía exclusividade das datas dos artistas que a Prefeitura buscava contratar após pesquisa realizada junto à população, através de rádio local, conforme comprovam inclusas cartas de exclusividade e as declarações dos próprios artistas (fl. 2.828).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 3.044/3.045), assim como o de reconsideração (fls. 4.212/4.213).

Juntadas as informações do Juízo de origem (fls. 3.107/4.210), o parecer da Subprocuradoria-Geral da República foi pelo desprovemento do recurso (fls. 4.216/4.222).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 108.813 - SP (2019/0053007-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Busca a defesa o trancamento da ação penal, indicando a inépcia da denúncia que não indicou especificamente o dolo específico de causar dano ao erário, nem o prejuízo causado.

Inicialmente, destaco a excepcionalidade do trancamento de ação penal na via eleita, que somente se verifica possível quando demonstradas, de pronto e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta **ou** a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite como certa, ainda, *a possibilidade do referido trancamento nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade* (HC n. 479.571/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 10/4/2019).

Na presente hipótese, o Tribunal de Justiça paulista afirmou, ao denegar a ordem, a existência de justa causa para a persecução criminal; impossibilidade de análise do prejuízo e do dolo em sede de *habeas corpus*, por demandarem exaustiva análise dos aspectos fáticos próprios da ação penal.

Por oportuno, confirmam-se (fls. 2.804/2.808):

Com efeito, ao menos em princípio, há justa causa para a persecução judicial, uma vez que, em análise superficial, a conduta do paciente, em tese, se subsume ao tipo penal do parágrafo único, do art. 89 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

[...]

Portanto, a denúncia obedece ao disposto no art. 41, do Código de Processo Penal. Permite o pleno exercício do direito de defesa, como já se asseverou, sem dificuldade para a compreensão da conduta punível atribuída ao paciente.

Inviável acolher, destarte, a pretensão de por fim à lide penal por conta da aventada deficiência da peça vestibular.

Ademais, a ocorrência ou não de prejuízo ao erário é matéria que será exaustivamente analisada nas ações pertinentes, não podendo ser apreciada por esta via.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Quanto ao dolo, é certo que sua verificação depende da análise acurada de aspectos circunstanciais, os quais, nestes angustos lindes do remédio heróico, são insuscetíveis de averiguação por reclamarem incursão meritória.

[...]

Não obstante a perfunctória análise feita no acórdão, a meu ver, a controvérsia posta na impetração prescinde de incursão probatória, demandando, tão somente, a apreciação da denúncia, sobretudo por se tratar de crime de dispensa imotivada de licitação, cujo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da obrigatória indicação, na exordial, do dolo específico de causar prejuízo, bem como da quantificação do dano suportado pela Administração Pública.

Nesse sentido, destaco o entendimento consolidado de que *os crimes previstos nos arts. 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal (APn n. 480/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012).*

Em reforço:

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/1993. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/1967. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ESPECIAL DE MARCOS ANDRÉ LIMA NOGUEIRA E LUIZ ALBERTO CARVALHO TORALDO PROVIDO, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS. RECURSO ESPECIAL DE LUIZ FELIPE ROUX LIMA PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO, A LUIZ FELIPE ROUX LIMA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a configuração dos delitos previstos no art. 89, caput e parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração da presença concomitante do dolo específico, consistente na deliberada intenção de lesar o erário, bem assim a efetiva ocorrência do dano ou prejuízo, não evidenciados, no caso concreto, pelas instâncias ordinárias.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

(REsp n. 1.799.355/RJ, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 5/6/2019 – grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA. ART. 580 DO CPP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AOS CORRÉUS.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior acompanha o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de 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, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar.

3. Hipótese em que o Ministério Público Estadual, ao elaborar a peça acusatória, e as instâncias ordinárias, julgando procedente a denúncia, contrariaram entendimento jurisprudencial consolidado, porquanto a imputação apenas concluiu pela existência do dolo geral, ou seja, a vontade consciente de executar a conduta típica de dispensa ilegal do procedimento licitatório, consistente na inobservância das formalidades legais de dispensa de licitação para celebração de contrato de locação de 2 veículos.

4. No caso em exame, a denúncia não demonstrou a existência de dolo específico em causar prejuízo ao erário dos coautores, dentre eles da paciente, então secretária de administração do município.

Outrossim, ausente qualquer mensuração de eventual dano patrimonial à Administração Pública, em razão da falta de competitividade da locação, o que poderia ser facilmente demonstrado se acostado o parâmetro do preço médio dos alugueres de veículos congêneres, no período da contratação.

5. Dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal que, "no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros".

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver a paciente, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, nos autos da Apelação Criminal n. 5007255-77.2012.827.0000, com extensão aos corréus Abdon Mendes Ferreira e Hélio Manoel Brito Bittencourt.

(HC n. 476.051/TO, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe 13/5/2019 – grifo nosso)

In casu, a denúncia foi assim oferecida (fls. 1.714/1.718):

Consta do incluso procedimento investigatório criminal que, no dia 25

Superior Tribunal de Justiça

de março de 2011, em horário e local incertos, nesta cidade e comarca de Ituverava, MÁRIO TAKAYOSHI MATSUBARA, em concurso com Messias da Silva Júnior, inexigiu licitação fora das hipóteses previstas em lei e, na mesma oportunidade, AUGUSTO PEREIRA PESTANA DE CASTRO, tendo comprovadamente concorrido para a consumação dessa ilegalidade, beneficiou-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público.

Consta ainda que MESSIAS DA SILVA JÚNIOR concorreu para a conduta de MÁRIO TAKAYOSHI MATSUBARA, ao lhe prestar auxílio material e moral.

Segundo foi apurado, no ano 2011, assim como em anos anteriores, ocorreu neste Município o evento denominado Ituverava Rodeio Show ou Festa do Peão de Ituverava, sendo a principal atração para o grande público da festividade era a apresentação de artistas nacionalmente renomados - no ano mencionado, os artistas "João Bosco e Vinícius", "Gustavo Lima", "Guilherme e Santiago" e "Maria Cecília e Rodolfo".

Para viabilizar as apresentações mencionadas, na data acima mencionada, na qualidade de Prefeito de Ituverava, MARIO MATSUBARA contratou diretamente, por inexigibilidade licitatória, a sociedade empresarial "H.G.P. Promoções e Eventos Ltda.", representada por seu sócio administrador AUGUSTO PEREIRA PESTANA DE CASTRO. O contrato mencionado previa, dentre outras prestações, o pagamento de cachês aos artistas cujos direitos detinha apenas para os dias específicos das apresentações, mediante "cartas de exclusividade" acostadas às fls. 683/686.

Observa-se que houve artificiose estratégia encetado pelo então Prefeito Municipal e o representante da sociedade contratada para a burla ao inciso III, do art. 25, Lei de Licitações. Isso porque as cartas de exclusividades dos cantores e locutores intermediados foram outorgadas para os dias específicos dos eventos, de modo que sociedade empresarial "H.G.P." não representava os artistas com vínculo permanente.

De fato, a interpretação corrente que tem sido feita por consciente jurisprudência ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, vai no sentido de que por representante exclusivo entende-se aquele que "cuida de todos os contratos do artista, que gerencia a sua carreira, que firma negócios e faz declarações em seu nome, que o substitui em aspectos burocráticos, permitindo que o artista se dedique somente à sua atividade principal".

Não há dúvidas de que AUGUSTO PEREIRA PESTANA DE CASTRO se valeu da sociedade empresária de que era representante e concorreu para a consumação da ilegalidade descoberta, na medida em que se aproximou do Poder Público e se passou como representante exclusivo dos artistas contratados - aliás, como já fizera em anos anteriores. Além disso, beneficiou-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público.

A burla à legislação se toma mais evidente quando se constata que, inusitadamente, todos os documentos foram elaborados e assinados por setores diversos da Prefeitura Municipal na mesma data: no mesmo foi solicitada ao Prefeito a contratação da empresa pela Secretária da Cultura, Turismo e Lazer, Jorgete Abdallah Bitar⁷, expedido memorando do gabinete do Prefeito ao Secretário da Fazenda Municipal para indicação de recursos orçamentários, resposta do coordenador de execução orçamentária indicando os recursos, solicitação de parecer jurídico pelo

Superior Tribunal de Justiça

Secretário Diretor da Fazenda, juntada dos documentos apresentados pela empresa, elaboração e juntada do parecer jurídico pelo Procurador-Geral do município e, por fim, elaboração e assinatura do instrumento de contrato entre as partes.

Nesse contexto, surge a participação do denunciado MESSIAS DA SILVA JÚNIOR, então procurador geral do município, que atestou a legalidade do procedimento, mesmo tendo plenas condições de aferir a burla à lei e a manifesta fraude decorrente elaboração de todos os documentos com a mesma data - tudo indicando que foi mera formalização em datas incertas - apoiando a estratégia adotada pelo então prefeito municipal, MÁRIO TAKAYOSHI MATSUBARA. Assim, MESSIAS DA SILVA JÚNIOR prestou auxílio moral e material ao então prefeito para a prática do delito.

Diante do exposto, denuncio MÁRIO TAKAYOSHI MATSUBARA e MESSIAS DA SILVA JÚNIOR como incurso nas sanções do art. 89, caput, da Lei 8.666/93, c.c. o art. 29 do Código Penal, e AUGUSTO PEREIRA PESTANA DE CASTRO como incurso nas sanções do art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Requeiro que, uma vez distribuída e recebida esta, seja instaurado o devido processo legal, consoante ao rito ordinário previsto no art. 394, § 1º, inciso I, do Código de Processo Penal, citando-se os denunciados para oferecimento respostas escritas à acusação, ouvindo-se testemunhas abaixo arroladas, realizando-se os interrogatórios e prosseguindo-se até final sentença condenatória.

Ao que se observa, a inicial acusatória não faz nenhuma menção, ainda que *en passant*, a respeito do **especial fim de agir** de causar prejuízo ao erário (dolo específico), nem aponta qual seria o dano, ainda que aproximado, suportado pela Administração Pública, configurando, a meu ver, a sua inépcia.

Entretanto, vale lembrar que, o trancamento da ação penal por inépcia da exordial acusatória, quando não atendidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não configura óbice a uma nova propositura pelo órgão acusatório, desde que sanado o vício. Nesse sentido: HC n. 462.208/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 2/10/2018; AgRg no RHC n. 80.208/RJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/6/2018; RHC n. 90.073/DF, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 21/3/2018; AgRg no RHC n. 64.297/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/9/2017; HC n. 369.182/AP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17/2/2017; e RHC n. 70.534/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/10/2016).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus* para trancar a Ação Penal n. 1000762-81.2018.8.26.0288, em curso na 1ª Vara Criminal

Superior Tribunal de Justiça

de Ituverava/SP, sem prejuízo de que outra denúncia seja formulada, devidamente calcada nos elementos considerados indispensáveis por este Superior Tribunal.

