



STJ tranca ação contra empresa que prestou serviço sem licitação

A denúncia deve conter os requisitos estabelecidos no artigo 41 do Código de Processo Penal para que o denunciado possa tomar conhecimento da acusação e exercer seu direito de ampla defesa. Com esse entendimento, o ministro Celso Limongi, do Superior Tribunal de Justiça, suspendeu Ação Penal contra a empresa de soluções para educação Futurekids, por prestar serviços à prefeitura de Avaré, em São Paulo, sem licitação. Além da inépcia da denúncia, o ministro entendeu que a responsabilidade de decidir sobre o processo de licitação é do poder público.

De acordo com a denúncia do Ministério Público, Luis Antônio Namura Poblacion, proprietário da Futurekids, contribuiu com o ato ilegal praticado pelo então prefeito cidade, Wagner Bruno, que contratou a empresa pelo valor de R\$ 1,4 milhão sem processo licitatório. “A empresa concorreu para a consumação da ilegalidade, beneficiando-se da inexigibilidade para celebrar contrato com o Poder Público”. O Ministério Público alegou, ainda, que não ficou comprovada a impossibilidade de licitação pela dificuldade em encontrar empresas que prestam serviços semelhantes.

O empresário, representado pelos advogados **Alberto Zacharias Toron** e **Edson Junji Torihara**, alegou constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, que indeferiu o trancamento da ação. A defesa afirmou haver inépcia e falta de justa causa na denúncia, mesmo porque o próprio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, “por unanimidade de votos, julgou regular o procedimento licitatório e o contrato”.

O ministro Limongi acatou os argumentos da empresa por entender que a denúncia do Ministério Público não descreveu “como teriam ocorrido ou em que circunstâncias se deram os fatos, sequer mencionando as razões pelas quais os denunciados teriam agido previamente ajustados (com o município)”. Segundo Limongi, “não se sabe qual a contribuição do paciente (empresário) para a prática do delito e, nem mesmo, se teria ele conhecimento, ou não, da necessidade da licitação. A possibilidade, ou não, de abertura de concorrência, para a contratação de serviços, é atribuição do ente estatal e não do prestador de serviços”. Ele ainda considerou o fato do município ter uma decisão do Tribunal de Contas a seu favor.

Leia a decisão:

Coordenadoria da Sexta Turma

6145) HABEAS CORPUS Nº 161.796 – SP (2010/0022628-8) RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : LUIS ANTÔNIO NAMURA POBLACION DECISÃO HABEAS CORPUS. ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93. INÉPCIA MATERIAL E FORMAL DA DENÚNCIA. ATRIBUIÇÃO GENÉRICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. APROVAÇÃO DA DISPENSA E DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. a) A denúncia deve descrever a conduta do agente, de modo a possibilitar o exercício da ampla defesa.



b) Se o fato ilícito não for descrito adequadamente, limitando-se o acusador a mencionar que o agente concorreu para a prática do delito, a ação deve ser trancada, por inépcia formal da denúncia. c) Inépcia material da denúncia também caracterizada na espécie, porquanto a dispensa de licitação e a celebração do contrato foram aprovados pelo Tribunal de Contas Estadual. d) Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem. e) Ordem concedida, para trancar a ação penal.

Trata-se de habeas corpus impetrado em benefício de Luis Antônio Namura Poblacion, sob alegação de coação ilegal por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Aduz a inicial que o paciente fora denunciado como incurso nas sanções do artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Mas, a denúncia é formalmente inepta, porquanto se limitou o representante do Ministério Público a transcrever o texto legal, sem descrever, em nenhum momento, elemento essencial do tipo. Acrescenta que não foram observados os requisitos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal, porque não foi descrito o dolo específico necessário para a configuração do delito imputado ao ora paciente, que foi acusado somente por ter, na qualidade de sócio-proprietário da empresa "Futurekids", celebrado contrato supostamente irregular com a Prefeitura Municipal de Avaré/SP. Não existe nenhum elo entre a conduta do paciente e o suposto fato criminoso. Assevera, ainda, que é patente a inépcia material da inicial, porque o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, julgou regular o procedimento licitatório e o contrato. Não procede, pois, a assertiva constante da denúncia de que, em razão da dispensa da licitação, o paciente recebera vultosa quantia, inexistindo dúvida em relação ao benefício por ele auferido. Assim, o recebimento da denúncia caracteriza coação ilegal, diante da ausência de justa causa para a persecutio criminis. Impetrado habeas corpus perante o E. Tribunal a quo, a ordem foi denegada, ratificada por aquela Corte a coação ilegal sofrida pelo paciente em primeiro grau de jurisdição. Pleiteiam os impetrantes o deferimento de medida liminar, para que seja sobrestada a ação penal, até o julgamento do mérito do presente writ; e a concessão da ordem, ao final, para que seja anulada a ação penal, ab ovo, pela inépcia formal e material da denúncia (fls. 1/34). A liminar foi indeferida a fls. 1328/1329, opinando o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (fls. 1334/1339):

Habeas corpus. Artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Irregularidade da contratação por inexigibilidade de licitação. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa configurada. Aprovação do procedimento de inexigibilidade pelo Tribunal de Contas. Conduta atípica. Precedentes. Parecer pelo conhecimento e concessão do writ.

É o relatório. Passo a decidir. O presente habeas corpus foi impetrado, sob alegação de constrangimento ilegal por parte do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual indeferira liminar em writ lá impetrado, com vista ao trancamento da ação penal. O paciente foi denunciado como incurso no artigo 89, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, nestes termos:

"Consta das inclusas peças de informação, extraídas dos autos do Inquérito Civil nº 026/04, que tramitou pela Promotoria de Justiça da Cidadania desta Comarca de Avará, que, no período compreendido entre os dias 30 de janeiro de 2004 a 17 de março de 2004, na Prefeitura Municipal de Avaré, com sede à Praça Juca Novaes, nº 1169, Centro, nesta cidade e Comarca, Wagner Bruno, qualificado a fls. 420 e 1125 e Regina Célia Custódio Panccioni, qualificada a fls. 1122/1123, agindo em concurso entre si e com unidade de propósito e desígnios, inexigiram licitação fora das hipóteses previstas em lei. Consta, ainda, dos sobreditos autos, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima mencionados Luís



Antônio Namura Poblacion, qualificado a fls. 272 e 420, na qualidade de sócio-proprietário majoritário da empresa "Futurekids do Brasil Serviços e Comércio Ltda.", CPNJ nº 69;134;831-0001-52, concorreu para a consumação da ilegalidade sobredita, beneficiando-se da inexigibilidade para celebrar contrato com o Poder Público. Segundo se depreende dos autos, Wagner Bruno exerceu o cargo de Prefeito Municipal de Avaré, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2004, no qual Regina Célia Custódio Marques Panccioni exercia o cargo de Secretária Municipal de Educação de Avaré. Nessa qualidade, Wagner Bruno autorizou a contratação da empresa Futurekids do Brasil Serviços e Comércio Ltda., mediante procedimento de inexigibilidade de licitação nº 13/04 (processo 61/04), iniciado por solicitação da Secretária Municipal de Educação, Regina Célia Custódio Marques Panccioni, datada de 30 de janeiro de 2004 (fls. 207/215), instruído com a proposta comercial e documentos de habilitação de fls. 216/414, cuja abertura foi autorizada e ratificada em 17 de março de 2004, por Wagner Bruno (fls. 415/417), mesma data em que restou firmado o contrato de prestação de serviços (fls. 420/431, segundo o qual o Município da Estância Turística de Avaré contratou a empresa Futurekids do Brasil Serviços e Comércio Ltda., na pessoa de seu representante Luís Antonio Namura Poblacion, para "fornecimento de Serviços de Informática Educativa, incluindo Projeto Pedagógico, Assessoria, Treinamento e Programas de Microinformática necessários à implantação de informática educacional na rede municipal de ensino", pelo valor de R\$1.449.615,36 (um milhão, quatrocentos e quarenta e nove mil, seiscentos e quinze reais e trinta e seis centavos), valor a ser pago em vinte e quatro parcelas mensais, coincidentes com o período de vigência do contrato. Anote-se que a autorização de inexigibilidade de licitação teve como fundamento legal o artigo 25, inciso I da Lei 8.666/93. Contudo, apurou-se que a inexigibilidade de licitação ocorreu fora dos casos previstos em lei, em total afronta ao artigo 37, XXI, da Constituição Federal, artigo 117 da Constituição do Estado de São Paulo e artigos 2º e 25, I e II, da Lei nº 8.666/93. O contrato foi celebrado pela Administração Pública sob o fundamento da impossibilidade de competição, ou seja, sob o enfoque da inexigibilidade, consoante art. 25 da Lei nº 8.666/93, anotando-se que o procedimento de inexigibilidade fora autorizado com menção ao inciso I do referido artigo, ao passo que o parecer jurídico da empresa CONAM (fls. 88/94), que fundamentou a contratação, referiu-se ao inciso II, do dispositivo. Assim, exigia-se, in casu, a observância dos requisitos cumulativos para a inexigibilidade de licitação, conforme dispõem os incisos I e II do art. 25, da Lei nº 8.666/93. No entanto e diversamente, ficou demonstrado que, em desconformidade ao estabelecido no inciso I do aludido dispositivo, havia inúmeras soluções similares à contratada pela Administração Pública e, em momento algum houve efetiva avaliação da situação ela Secretária Municipal de Educação e ou pelo então Alcaide, que não efetuaram qualquer pesquisa das soluções possíveis a fim de aferir eventual conveniência excepcional da contratação realizada, bem como não possuía sequer projeto de implantação do serviço que subsidiasse a escolha, ocorrendo verdadeiro e indevido direcionamento da contratação à empresa Futurekids. Ficou evidenciado, ainda, o não preenchimento dos requisitos descritos no inciso II, do art. 25, da Lei de licitações. Em primeiro lugar, porque diante da ausência de qualquer análise comparativa dos serviços da empresa contratada com o de outros profissionais da mesma área de atuação, não observou o requisito de notória especialização da empresa prestadora de serviço, circunstância que, à exigência da lei, infere que o conceito do profissional em seu campo de especialidade seja tão patente, em função das atividades desenvolvidas, que permita concluir ser o seu trabalho essencial, indispensável ou fundamental e, além disso, indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Em segundo lugar, porquanto não houve singularidade no serviço contratado a justificar a inexigibilidade de licitação, uma vez que o serviço contratado é de prestação corriqueira em unidades escolares por várias outras empresas do ramo. Por certo que, submetido o



contrato em questão à perícia junto ao CAEx-Crim, concluiu o laudo pericial, encartado a fls. 489/514, dentre outras considerações, que: "Considerando as pesquisas efetuadas por este Centro chegou-se à conclusão que havia outras empresas, que não a Futurekids, aptas a prestarem os serviços que foram executados por esta e, portanto, havia possibilidade de competição. Não constam no processo indicações que outras empresas foram consultadas, ficando apenas, como documento comprobatório da impossibilidade de competição, o parecer jurídico da Conam. A falta de um ou outro item em seu portfólio não impediria que qualquer outra empresa os fornecesse mediante acordos com parceiros nacionais ou estrangeiros, como o faz a contratada, para oferecer o curso de inglês, por exemplo" (g.n.o.). Por fim, apurou-se que o indigitado Luís Antônio Namura Poblacion, na medida em que sua empresa foi contratada sem o devido processo licitatório, beneficiou-se de tal irregularidade para contratar com o Poder Público Municipal de Avaré".

A denúncia, como se sabe, deve preencher todos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, de tal arte que o agente denunciado possa exercer a defesa na sua plenitude. Se os fatos a ele atribuídos não estiverem suficientemente descritos, a denúncia é inepta. Neste sentido: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PACIENTE DENUNCIADO POR CRIME MILITAR (FURTO QUALIFICADO EM CONCURSO DE PESSOAS – ART. 240, § 5º. C/C O ART. 53, AMBOS DO CPM). INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DO FATO CRIMINOSO E DE SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. MERA REPETIÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA, MAS APENAS PARA ANULAR O PROCESSO, AB INITIO, POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. 1. A formulação de qualquer denúncia criminal se acha submetida a exigências legais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP) e, no caso de crimes militares, também as razões de convicção ou presunção da delinquência (art. 77, e e f do CPPM), sem cujo integral atendimento não pode ser validamente exercido o poder de denunciar ou restará a iniciativa denunciatória carente de aceitabilidade judicial, devendo ser prontamente rejeitada pelo Juiz que a examina. 2. No caso concreto, a denúncia não descreve como teriam ocorrido ou em que circunstâncias se deram os fatos, sequer mencionando as razões pelas quais os denunciados teriam agido previamente ajustados e com objetivos comuns, para justificar a imputação de concurso de pessoas, limitando-se, na verdade, a citar os nomes dos acusados e a repetir a norma legal que teria sido infringida. 3. A pretensão de trancamento da Ação Penal por falta de justa causa por meio do mandamus é excepcionalíssima, sendo firme a jurisprudência desta Corte de que tal somente é possível quando transparece dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipóteses não evidenciadas no caso concreto. 4. Em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, mas somente para anular o processo ab initio, por inépcia da inicial acusatória, sem prejuízo de que outra seja ofertada, com a observância dos requisitos legais. (Habeas corpus nº 87920/CE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 20/05/2008).

O paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. A imputação, no tocante ao paciente, limita-se a dizer que ele concorreu para a consumação do delito, beneficiando-se com a inexigibilidade para contratar com o Poder Público. Não se sabe qual a contribuição do paciente para a prática do delito e, nem mesmo, se teria ele conhecimento, ou não, da necessidade da realização da licitação. Sobre o tema, Eduardo Espínola Filho invoca antiga e



sempre atual lição de João Mendes, definindo queixa ou denúncia; é "uma exposição narrativa e demonstrativa". E continua: "Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde o praticou (ubi), o tempo (quando). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo do delito, dar as razões da convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes". Cf. "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", vol. I, pág. 469, Bookseller, 2000. A imputação, como dizia o saudoso José Frederico Marques, é que precisa ser certa e determinada, e "imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e ben individualizada" ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. II, pág. 153, Forense, 1ª edição, 1961, Rio de Janeiro – São Paulo). No caso em exame, a dispensa de licitação para contratação dos serviços foi atribuída aos corréus Wagner Bruno e Regina Célia Custódio Panccioni, Prefeito e Secretária Municipal de Educação de Avaré, respectivamente. Teriam eles, sob a alegação de impossibilidade de competição, contratado o ora paciente para fornecimento de serviços de informática educativa, incluindo projeto pedagógico, assessoria, treinamento e programas de microinformática necessários à implantação de informática educacional na rede municipal de ensino. O valor dos serviços foi de R\$1.449.615,36, a serem pagos em vinte e quatro parcelas mensais. A possibilidade, ou não, de abertura de concorrência, para a contratação de serviços, é atribuição do ente estatal e não do prestador de serviços. Ademais, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao apreciar o contrato celebrado pelo Município de Avaré e o ora paciente, julgou regular a dispensa da licitação, nestes termos: "ACORDA a Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 31 de maio de 2005, pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Presidente e Fúlvio Julião Biazzi, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, julgar regulares a inexigibilidade de licitação e o contrato decorrente, recomendando à origem para que, em futuro procedimento, dirija-o à saudável competição, já que disponíveis hoje, no mercado, diversos produtos aptos à satisfação do interesse público nessa área de informática educacional".

Por outro lado, esta Egrégia Corte já decidiu que: **HABEAS CORPUS. ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/1993. FALTA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA CONDUTA DO DENUNCIADO QUE SE SUBSUME AO DELITO IMPUTADO. ORDEM CONCEDIDA.** 1. Reconhecido que não se trata de hipótese de atipicidade do fato, de inexistência absoluta de indícios de autoria ou de extinção da punibilidade, não é de se falar em falta de justa causa para a ação penal, sendo que a alegação de não ter sido demonstrado o elemento subjetivo necessário à configuração do delito demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável de se operar na via eleita. 2. A denúncia, apta a dar início à persecução penal, deve conter os requisitos estabelecidos no artigo 41 do Código de Processo Penal, de modo que o denunciado, tomando conhecimento da acusação que lhe é feita, possa exercer, de maneira ampla, sua defesa. 3. Revela-se manifesta a inépcia formal da peça acusatória que deixa de descrever, ainda que sucintamente, a conduta praticada pelo paciente que se ajustaria ao artigo 89, caput, da Lei de Licitações, delito a ele imputado, impondo-se o trancamento da ação penal. 4. Habeas corpus concedido. (Habeas corpus nº 50290/DP, relator o Ministro Paulo Galotti, j. em 12.06.2008).

Em suma, não diviso condições de o paciente exercer seu direito de ampla defesa, com base na denúncia



oferecida, porquanto sua conduta não foi suficientemente descrita, caracterizada a inépcia formal da denúncia. E, ainda que tivesse a peça inicial sido oferecida nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, estaria o paciente a sofrer coação ilegal, porquanto a aprovação da dispensa de licitação e do contrato celebrado por ele junto à Prefeitura da comarca de Avaré/SP, pelo Tribunal de Contas Estadual, demonstra a atipicidade de sua conduta. Em face do exposto, concedo a ordem, para trancar a ação penal em relação a Luís Antonio Namura Población. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 09 de abril de 2010.

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) relator

Date Created

16/04/2010