



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 164653 - SP (2022/0135710-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : MARCELO FORTES BARBIERI
ADVOGADOS : EDUARDO PIZARRO CARNELOS - SP078154
ROBERTO SOARES GARCIA - SP125605
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : ROBERTO PEREIRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. DENÚNCIA FORMULADA COM BASE NAS CONCLUSÕES DECORRENTES DA APRECIÇÃO DAS CONTAS MUNICIPAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, SEM DESCRIÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO GESTOR DO MUNICÍPIO. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INVIABILIDADE. VÍCIO QUE AFETA O INDISPENSÁVEL NEXO CAUSAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DAS ALEGAÇÕES FORMULADAS NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PREJUDICIALIDADE COM O RECONHECIMENTO DA INÉPCIA.

1. É cediço, neste Superior Tribunal, o entendimento de que somente é cabível o trancamento da ação penal por meio da via eleita quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja pela ausência de indícios de autoria e da materialidade delitiva, ou ainda pela incidência de causa de extinção da punibilidade.

2. No caso, ao se cotejar o tipo penal de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura com os trechos da inicial acusatória, é possível perceber que falta a narrativa a respeito de quais obrigações foram assumidas pelo Município, por meio de seu gestor, que resultaram na atribuição do crime. Vale dizer, o *Parquet* estadual limitou-se a enfatizar o déficit orçamentário do Município, sem pormenorizar que condutas praticadas pelo acusado e o corréu teriam contribuído para chegar a tal ponto, baseando-se, ao que parece, exclusivamente nas conclusões do Tribunal de Contas estadual.

3. Ao assim proceder, inviabilizou-se o exercício do contraditório e ampla defesa por parte dos acusados, pois ao se admitir a descrição dos fatos, conforme realizado pelo *Parquet* estadual, por meio de presunções decorrentes da apreciação da contas pelo órgão do Tribunal de Contas,

estar-se-á abrindo espaço para a deflagração de ações penais presuntivas, por todo o país, sem que se tenha o cuidado de demonstrar o indispensável nexos causal entre os tipos penais e as condutas, em tese, realizadas pelo gestor municipal. Precedente.

4. Prejudicada a alegação de ausência de fundamentação a respeito dos argumentos da resposta à acusação.

5. Recurso em *habeas corpus* provido para trancar a Ação Penal n. 1001972-42.2021.8.26.0037, da 1ª Vara Criminal da comarca de Araraquara/SP, em relação ao recorrente e ao corréu, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, sanando-se os vícios apontados.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Marcelo Fortes Barbieri** contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 203):

Ementa "*Habeas Corpus*" - Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura - Crime previsto no artigo 359-C do Código Penal - Pedido de suspensão da audiência de instrução e julgamento - Interrogatório do paciente não realizado, a pedido da defesa - Autos que aguardam a designação de nova data para a conclusão da instrução processual - Trancamento da ação penal por inexistência de justa causa e por inépcia da inicial acusatória - Não ocorrência - Medida excepcional voltada às hipóteses de flagrante ilegalidade da conduta, inocência do agente ou presença de causa extintiva da punibilidade - Peça acusatória que bem descreveu os fatos - Ainda que sucinta, a decisão judicial recebeu a inicial acusatória considerando a existência de prova da materialidade do crime e de indícios da autoria atribuída ao paciente- Inexistência de constrangimento ilegal.

- Ordem denegada.

Narram os autos que o Ministério Público estadual denunciou o recorrente como incurso no crime de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-C do Código Penal), porque teria ele, na condição de Prefeito do Município de Araraquara/SP, em duas gestões consecutivas (2009/2012 e 2013/2016), ordenado/autorizado a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não pôde ser paga no mesmo exercício financeiro ou, restando parcela a ser paga no exercício seguinte não tinha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa (fl. 45).

Por conseguinte, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Araraquara/SP recebeu a inicial acusatória e determinou a citação dos acusados para responderem à acusação (Ação Penal n. 1001972-42.2021.8.26.0037).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que denegou a ordem (*Habeas Corpus* n. 2287161-98.2021.8.26.0000).

Aqui, o recorrente alega constrangimento ilegal consistente em inépcia da inicial acusatória e ausência de fundamentação da decisão que apreciou a resposta à acusação apresentada pela defesa.

Aduz que, ao tratar da inépcia, a decisão coatora limitou-se a afirmar genérica regularidade da peça inicial, que preencheria os requisitos do art. 41 do CPP, assinalando ainda que “os fatos foram narrados de forma bem detalhada”, sem enfrentar, concretamente, os argumentos expostos por Marcelo para demonstrar a inépcia da inicial.

Argumenta que, ao afirmar que, “como gestor público, na qualidade de então Chefe do Executivo municipal, Marcelo detinha poderes para autorizar e/ou ordenar a assunção de obrigações” – neste ponto, o ato coator flerta perigosamente com a responsabilização penal objetiva –, a decisão não enfrentou a alegação defensiva de que a denúncia não se desincumbiu do ônus processual de afirmar, com todas as letras, se Marcelo ordenou ou se somente autorizou a assunção de obrigação e qual teria sido essa tal obrigação (fl. 223).

Sustenta que o Juízo de primeiro grau não analisou os argumentos expendidos pelo Paciente em resposta à acusação, preferindo se valer de teses genéricas, que serviriam a qualquer processo, o que, data venia, deveria ter levado o E. Tribunal a quo ao reconhecimento de nulidade, com fundamento no art. 93, IX, da CF, combinado com os arts. 315, § 2º, III e IV, e 564, V, ambos do CPP (fl. 220). Basta ler o ato coator (fls. 38/40) para concluir que os argumentos expostos em resposta à acusação pelo Paciente permaneceram intocados (fl. 222).

Postula, então, o reconhecimento da ausência de fundamentação, tanto do acórdão quanto da decisão que recebeu a inicial acusatória após a resposta à acusação, ou declarada a inépcia da inicial acusatória.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 265/272).

É o relatório.

VOTO

Busca o recorrente o trancamento da ação penal que atribui a ele o crime de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-C do Código Penal), sob os fundamentos de inépcia da denúncia e ausência de fundamentação a respeito dos argumentos invocados pela defesa em resposta à acusação.

De início, observo que é cediço, neste Superior Tribunal, o entendimento de que somente é cabível o trancamento da ação penal por meio da via eleita quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja pela ausência de indícios de autoria e da materialidade delitiva, ou, ainda, pela incidência de causa de extinção da punibilidade.

O Ministério Público estadual atribuiu as seguintes condutas delituosas ao recorrente (fls. 45/51):

[...]

Consta da inclusa notícia do fato que, o denunciado MARCELO, prefeito municipal de Araraquara em duas gestões consecutivas, de 2009/2012 e 2013/2016, ordenou e/ou autorizou a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não pôde ser paga no mesmo exercício financeiro ou, restando parcela a ser paga no exercício seguinte não tinha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Sua conduta criminoso contou com a concorrência de ROBERTO, então Secretário Municipal da Fazenda e que possuía poderes para evitar o elevado grau de iliquidez do Município de Araraquara, no ano de 2016.

Com efeito, o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao analisar tecnicamente as contas anuais de 2016, verificou que MARCELO determinou despesas ilegais que contribuíram para um déficit orçamentário do Município em R\$ 18.561.626,02 (dezoito milhões, quinhentos e sessenta e um mil, seiscentos e vinte e seis reais e dois centavos), um aumento de 3,11% em relação ao exercício anterior (fls. 11).

O comprometimento das finanças do Município de Araraquara foi tanto que o E. Tribunal de Contas concluiu que, ao final de 2016, a Prefeitura não possuía liquidez face aos compromissos assumidos, conforme tabela a seguir (fls. 35):

[...]

Em abril de 2016, último mês em que MARCELO poderia assumir novas dívidas, havia uma iliquidez no valor de R\$ 75.330.575,44 (setenta e cinco milhões, trezentos e trinta mil, quinhentos e setenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos). Em dezembro de 2016, a iliquidez saltou para R\$ 84.706.493,83 (oitenta e quatro milhões, setecentos e seis mil, quatrocentos e noventa e três reais e oitenta e três centavos).

Fica, pois, demonstrado que o então prefeito municipal, MARCELO BARBIERI, com a anuência do então Secretário da Fazenda, ROBERTO PEREIRA, mesmo com as advertências emitidas pelo Tribunal de Contas, contraiu obrigações nesse interregno que comprometeram ainda mais a liquidez do Município, não assegurando o integral cumprimento das despesas empenhadas até o final de 2016 e não deixando caixa para o pagamento destas dívidas para o

próximo ano.

Em suma, no último ano do mandato deve o prefeito quitar despesas empenhadas e liquidadas entre maio e dezembro ou, ao menos, reservar dinheiro para que seu sucessor o faça. Essa providência busca impedir um comportamento danoso ao município e à responsabilidade fiscal, ou seja, que o atual gestor no término do mandato efetue despesa sem lastro de caixa, transferindo ainda mais dívidas ao sucessor.

O E. Corte de Contas, no ano de 2015, expediu uma cartilha sobre os cuidados a serem tomados no último ano do mandato (Manual: Os cuidados com o último ano de mandato, novembro 2015). Dele é possível extrair os itens analisados nas contas anuais municipais para análise do cumprimento do art. 42, da LRF. Vejamos:

[...]

Como observou o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fls. 1296), sobredita violação é um dos grandes motivos para a rejeição das contas dos Prefeitos, conforme, inclusive, expressa previsão do manual editado pela E. Corte:

[...]

Por fim, constata-se que os denunciados tinham pleno conhecimento das irregularidades, pois o próprio Tribunal de Contas emite alertas sobre possível descumprimento da norma fiscal (cf. §1º, do art. 59, da LRF), o que foi feito no presente caso2. Não houve, todavia, a eficácia desejada, uma vez que o então prefeito MARCELO BARBIERI, amparado por seu secretário ROBERTO PEREIRA, não adotaram as providências para ajustar o descompasso entre as disponibilidades financeiras e as exigibilidades.

A má gestão financeira e fiscal do denunciado MARCELO não passou despercebida da Corte de Contas, tendo o desequilíbrio das contas municipais ocorrido ao longo de toda a sua gestão como prefeito municipal (fls. 55):

[...]

Consta o seguinte acréscimo nas contas de 2014 (dois anos antes desta analisada): “Há ressaltar que nos seis últimos exercícios, e sob a gestão do atual Prefeito reeleito, o resultado orçamentário também se revelou deficitário e já demonstrava a necessidade da geração de superávits para o equilíbrio das contas; contudo, a Prefeitura não efetuou o necessário contingenciamento de dotações, deixando de dar cumprimento a dois pressupostos da responsabilidade fiscal: o superávit orçamentário e a redução da dívida governamental.”

Conforme acima narrado, MARCELO era o prefeito municipal de Araraquara em 2016, responsável por ordenar ou autorizar as despesas nos dois últimos quadrimestres de seu mandato que não foram pagas até o final daquele ano e, também, não deixou quantia reservada para tais pagamentos no ano seguinte.

O denunciado ROBERTO era, na época dos fatos, secretário municipal da fazenda. Competia a esta Secretaria, na época dos fatos, entre outras atribuições: *I - planejar, coordenar, supervisionar e controlar a elaboração do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, da programação financeira de receita e desembolso, avaliando e acompanhando suas execuções; II - planejar, coordenar, supervisionar, controlar e executar o processo de registro contábil dos valores, atos e fatos econômicos, financeiros, tributários e patrimoniais* (art. 27, da Lei municipal n. 6250/05, revogada pela Lei n. 8867/17), indicando as medidas para correção dos desequilíbrios no fluxo de receitas e despesas, por meio de relatórios de controle (Decreto n. 11.064, de 19 de janeiro de 2016, art. 5º - fls. 668/676).

Assim, sendo o responsável pela Pasta orçamentária concorreu para a prática delituosa. Os secretários municipais, de um modo geral, são nomeados pelo prefeito pois, além da confiança depositada, possuem conhecimentos técnicos para auxílio e orientação do gestor público nos assuntos relacionados à sua Pasta.

Além disso, o denunciado firmou declaração (fls. 1779), cuja assinatura não foi lavrada pela servidora Andressa Durães Silva Passos, então gerente de gestão contábil, execução e controle orçamentário, deixando ao encargo do denunciado essa pretensão para a entrega do documento ao Tribunal de Contas (fls. 1780).

As contas do ano de 2016 foram objeto de relatório emitido pela Unidade Regional de Ribeirão Preto (fls. 64/143), com o parecer do Ministério Público de Contas pela desaprovação (fls. 1292/1298) e o voto do Conselheiro relator pela desaprovação do Tribunal (fls. 6/41), sendo negado provimento ao pedido de

reexame proposto pelo ex-Prefeito Municipal (fls. 1299/1345), após análise técnica e parecer do MPC (fls.1743/1745), conforme v. acórdão (fls. 42/63).

Após a instauração do procedimento administrativo junto à Promotoria de Justiça de Araraquara, em razão da notícia criminal encaminhada pelo Tribunal de Contas, os denunciados solicitaram pedido de dilação de prazo para as informações preliminares (fls. 1803/1804). Nesse interim, a Câmara Municipal de Araraquara aprovou as contas do município relativas ao ano de 2016 (fls. 1893/1895 e 1966/1979)³, no apagar das luzes da legislatura em curso (Decreto Legislativo n. 025/2020 – fls. 1983), circunstância que não impede a análise da conduta na esfera penal.

Posto isso, denuncio a Vossa Excelência MARCELO FORTES BARBIERI e ROBERTO PEREIRA como incursos nas penas do artigo 359-C , c. c. o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, a fim de que, recebida esta, instaure-se o devido processo legal, citando-se os denunciados e seguindo-se o rito ordinário previsto nos 394/405 do CPP, com a designação de audiência para oitiva da pessoa abaixo arrolada e interrogatório dos denunciados, até final condenação.

[...]

Foram atribuídas as seguintes condutas delituosas ao recorrente:

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Ao cotejar o tipo penal citado com os trechos da inicial acusatória transcrita, é possível perceber que falta a narrativa a respeito de quais obrigações foram assumidas pelo Município, por meio de seu gestor, que resultaram na atribuição do crime. Vale dizer, o *Parquet* estadual limitou-se a enfatizar o déficit orçamentário do Município, sem pormenorizar que condutas praticadas pelo acusado e o corréu teriam contribuído para chegar a tal ponto, baseando-se, ao que parece, exclusivamente nas conclusões do Tribunal de Contas estadual.

Ao assim proceder, no meu modo de ver, ficou inviabilizado o exercício do contraditório e ampla defesa por parte dos acusados, pois, ao se admitir a descrição dos fatos, conforme realizado pelo *Parquet* estadual, por meio de presunções decorrentes da apreciação da contas pelo órgão do Tribunal de Contas, estar-se-á abrindo espaço para a deflagração de ações penais presuntivas, por todo o país, sem que se tenha o cuidado em demonstrar o indispensável nexos causal entre os tipos penais e as condutas, em tese, realizadas pelo gestor municipal.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INSURGÊNCIA DO MPF CONTRA A CONCESSÃO DA ORDEM. CRIME DE

RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE ATRIBUI O TIPO PENAL, SEM DESCREVER QUE CONDUTA PRATICADA PELOS AGRAVADOS TERIA CONCORRIDO PARA O ÊXITO DA EMPREITADA CRIMINOSA. ACUSADOS QUE DESPONTAM COMO SÓCIOS-ADMINISTRADORES DA EMPRESA APÓS O CONTRATO FIRMADO COM O PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO INDISPENSÁVEL NEXO CAUSAL. MÁCULA QUE IMPEDE O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE SE IMPÕE.

1. É cediço, neste Superior Tribunal, o entendimento de que somente é cabível o trancamento da ação penal por meio da via eleita quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja pela ausência de indícios de autoria e da materialidade delitiva, ou ainda pela incidência de causa de extinção da punibilidade.

2. Caso em que a inicial atribui aos agravados a conduta de, na condição de sócios-proprietários da empresa que firmou contrato com o poder público, concorrer para a apropriação de valores referentes à verba federal destinada à implantação de Sistema de Coleta e de Bombeamento de Esgoto Sanitário da área do Pantanal, localizada no Distrito de Mosqueiro/PA.

3. Da atenta leitura da inicial acusatória, observa-se que o órgão da acusação se limitou a indicar que os acusados fariam parte do quadro societário da empresa, bem como, posteriormente, adquiriram, cada um, 50% do capital da entidade, sem demonstrar o nexo de causalidade entre o crime e eventual conduta praticada por eles, hábil a concorrer para o êxito da empreitada criminosa.

4. A inicial faz referência ao fato de que os réus integraram a gestão da empresa quando já em vigor o contrato firmado com os anteriores sócios-proprietários, criando uma verdadeira presunção de que eles teriam aderido com a empreitada criminosa. Apesar da reconhecida dificuldade de individualização das condutas nos crimes societários, tal modo de proceder pelo órgão da acusação é repudiado pela jurisprudência deste Superior Tribunal.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 580.044/PA , minha lavra, Sexta Turma, DJe 8/4/2022 - grifo nosso)

Reconhecida a inépcia da inicial acusatória, fica prejudicada a alegação de falta de fundamentação a respeito dos argumentos da resposta à acusação.

Em face do exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus* para trancar a Ação Penal n. 1001972-42.2021.8.26.0037, da 1ª Vara Criminal da comarca de Araraquara/SP, em relação ao recorrente e ao corréu, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, sanando-se os vícios apontados.