

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.254 - RJ (2015/0276651-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES

ADVOGADOS : FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES

ANDRE LUIZ HESPANHOL TAVARES

NILSON PIRES VIDAL DE PAIVA

ROBERTA CELLI MOREIRA DE ARAUJO

LETÍCIA DE MELLO SAMPAIO

FELIPE CONSONNI FRAGA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou a ordem em prévio *mandamus*, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 342/343):

Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Artigo 89, caput, da Lei nº 8.666/93. Impetração sustentando que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal imposto pela autoridade coatora, por ter a mesma recebido denúncia manifestamente inepta e destituída de suporte probatório mínimo - justa causa, interposta em face dele. No que tange a inépcia da inicial, a denúncia atende aos requisitos elencados no artigo 41 do CPP, estando formalmente perfeita, pois expõe o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, traz a qualificação dos acusados, classifica o crime e relaciona as testemunhas a serem ouvidas em júízo, possibilitando a elucidação dos fatos, garantindo o pleno exercício do contraditório e ampla defesa. Especificamente em relação ao paciente, a denúncia relata que ele esteve presente em todas as etapas dos respectivos processos de indevida dispensa de licitação, apresentando propostas e assinando contratos, sempre em conluio com os demais denunciados. Em hipótese semelhante, o STJ entendeu que a atuação como empresário, ou seja, desinvestido de função pública, não impede, por si só, que haja o conluio com servidor para frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório, razão pela qual prematuro o abreviamento da ação penal, revelando-se imprescindível, in casu, a produção de provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Quanto à justa causa, vê-se que o caso em questão não se trata de ausência de justa causa, mas de valoração de prova, incabível de ser feita pela estreita via do habeas

Superior Tribunal de Justiça

corpus. Caso não houvesse prova alguma, aí sim poderia se falar em ausência de justa causa, mas em havendo o mínimo probatório, como há no caso, há que ser valorado pelo seu juiz natural. Registra-se, por fim, que a ação civil pública proposta, cujo objeto é o mesmo fato versado no processo originário que ensejou o presente habeas corpus, foi julgada procedente para invalidar o contrato administrativo firmado entre a Empresa Municipal de Habitação, Urbanização e Saneamento (EMHAB) e Construsan Serviços Industriais Ltda., de propriedade do paciente e confirmada em sede recursal. Portanto, sendo o Habeas Corpus o remédio heroico para afastar ilegalidades comprovadas de plano, os presentes argumentos não se mostram suficientes para o trancamento da presente ação penal. Denegação da ordem.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993. Contudo, assevera que a conduta que lhe é imputada é manifestamente atípica, uma vez que não há dolo nem dano ao bem jurídico tutelado.

Assevera que "de maneira alguma contribuiu para que fosse tomada a decisão que optou pela contratação emergencial dos serviços posteriormente prestados por sua empresa ("CONSTRUSAN"), tampouco participou da formação e condução do procedimento de dispensa de licitação aberto para tanto (processo administrativo n. 08/07)".

Afirma que, em manifestação do Ministério Público realizada nos autos de ação civil pública, reconheceu-se que "a situação de urgência, justificadora da dispensa de licitação, é pública e notória e, quanto a isto, não há o menor questionamento". Dessarte, conclui que "construir casas para uma comunidade carente que já se encontrava em situação de risco, e que teve sua situação gravemente piorada com a época das chuvas, se enquadra na hipótese da norma (...)".

Nesse contexto, aduz ser "manifesta a inexistência de fato punível, dada a ausência de dolo e de prejuízo". Alega, outrossim, não haver irregularidade no procedimento licitatório que autorize a deflagração de ação penal e, ainda que houvesse, não poderia ser atribuída ao recorrente, pois não pode ser responsabilizado

Superior Tribunal de Justiça

por eventuais falhas da Administração Pública.

Pede, liminarmente, o sobrestamento da Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goyatacazes, até o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pugna pelo trancamento da ação penal.

A liminar foi deferida, às e-STJ fls. 611/615, para sobrestar o andamento da Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goyatacazes, até o julgamento final do presente *writ*.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 634/647 e 651/664 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 669/672, pelo desprovemento do recurso, nos seguintes termos:

HC PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO. As alegações de inépcia da denúncia e ausência do elemento subjetivo do tipo demandam aprofundado exame do acervo fático-probatório dos autos. Excepcionalidade do trancamento de ação penal na via angusta do habeas corpus. Parecer pelo desprovemento do recurso ordinário, com a revogação da liminar deferida.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.254 - RJ (2015/0276651-8)

VOTO

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

Conforme relatado, insurge-se o recorrente, em síntese, contra a inépcia da peça acusatória que lhe imputa o crime descrito no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, porquanto não descreve o dolo específico nem o prejuízo causado ao erário. A conduta delitiva se refere à dispensa indevida de licitação para realização de obra pública de construção do residencial Matadouro, para atendimento à comunidade carente, sendo contratada a empresa CONSTRUSAN SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA, que tem o ora recorrente como representante legal e gestor.

Como é cediço, a denúncia, para viabilizar o contraditório e ampla defesa, deve observar os requisitos legais descritos no art. 41 do Código de Processo Penal, o qual disciplina que a inicial acusatória conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Mister, portanto, transcrever em que consistiu a conduta ilícita atribuída ao recorrente (e-STJ fl. 62):

Já o denunciado JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, na qualidade de representante legal e gestor da empresa CONSTRUSAN SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA., contratada para a realização da referida obra, beneficiou-se dos pagamentos que lhe foram efetuados pela municipalidade de Campos dos Goytacazes a partir daquele processo de indevida dispensa de licitação, de molde a concorrer para a consumação de tais ilegalidades e a elas aderindo voluntariamente. Saliente-se que em todas as etapas dos respectivos processos de indevida dispensa de licitação, tal denunciado se fez presente pessoalmente, apresentando propostas e assinando contratos, sempre em conluio com os demais denunciados.

Da leitura do trecho acima transcrito, verifica-se que em nenhum momento há referência ao elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo específico, ou mesmo descrição de eventual prejuízo decorrente da conduta imputada ao recorrente. Igualmente, por ocasião da impetração do prévio *mandamus*, registrou o

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de origem que (e-STJ fl. 350):

(...) vale dizer que a comprovação do referido elemento do tipo e do dano à municipalidade em tela, senão se evidencia do próprio fato mesmo, demanda efetiva dilação probatória, de modo que não se poderia exigir do Órgão Ministerial de 1ª instância que o demonstre de plano, além do que torna semelhante tese insindicável nesta estreita via (...).

Contudo, o entendimento esposado pela Corte local não é o que prevalece no Superior Tribunal de Justiça. De fato, no julgamento da Ação Penal n.480/MG, consignou-se ser necessário que órgão acusador demonstre, desde logo, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo causado com a conduta.

Ao ensejo:

ACÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. - Os crimes previstos nos artigos 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. - Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente. (APn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012)

Dessarte, não tendo o Ministério Público se desincumbido de demonstrar o dolo específico de causar dano ao erário e a existência de efetivo

Superior Tribunal de Justiça

prejuízo, verifica-se que inicial acusatória se mostra inepta, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. FRAUDE À LICITAÇÃO. DESVIOS DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS. CESSÃO ILEGAL DE CONTRATOS. ACUSADO MERO PROCURADOR DA EMPRESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELO TRIBUNAL A QUO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. 1. Esta Corte de Justiça admite o trancamento de ação penal em sede de habeas corpus quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. 2. É certo que, para o oferecimento da denúncia, não se exige prova conclusiva acerca da autoria delitiva, mas apenas indícios desta. Entretanto, deve haver lastro probatório mínimo para a instauração da persecutio criminis in iudicio em desfavor do acusado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 3. No caso, diante do quadro delineado pela instância ordinária, não resta dúvida que a análise da tese de que o recorrido tinha ciência das irregularidades nas licitações, estando configurada a co-autoria delitiva e que, dessa forma, haveria justa causa para a propositura da ação penal, demandaria o reexame de matéria fática, inviável em recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte, mormente considerando que o acusado não integrava o quadro societário da empresa, tendo assinado o contrato na qualidade de mero procurador, nos estritos limites dos poderes a ele outorgados. 4. De notar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no julgamento do Inquérito n. 2.482/MG, em 15/09/2011, tem firme o posicionamento de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Incidência da Súmula 83 deste Tribunal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1430842/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 3/8/2015).

Deve, portanto, ser considerada inepta a inicial acusatória, no que concerne ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, uma vez que a narrativa apresentada não descreve de forma adequada todos os elementos necessários

Superior Tribunal de Justiça

à tipificação do delito que lhe é imputado, inviabilizando, assim, o exercício da ampla defesa. O reconhecimento da inépcia, entretanto, não impede o oferecimento de nova denúncia, desde que sanada a irregularidade ora verificada.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso, para trancar a Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goyatacazes, apenas com relação ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, por inépcia da denúncia, sem prejuízo de que nova inicial seja apresentada.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

