



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 115.457 - SP (2019/0205918-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : **MARCOS JOSE DIAS**
ADVOGADOS : **LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA SANTOS KUNTZ - SP307123**
: **LUIZ CHRISTIANO GOMES DOS REIS KUNTZ - SP049806**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE NÃO DESCREVE O DOLO ESPECÍFICO DO ACUSADO E OS PREJUÍZOS AO ERÁRIO DECORRENTES DA CONDUTA QUE LHE FOI ASSESTADA. PEÇA VESTIBULAR QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA CARACTERIZADA.

1. O devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao acusado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

2. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, verifica-se que o Ministério Público cingiu-se a afirmar que o recorrente participou de procedimento de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei, deixando de demonstrar o seu dolo específico e os prejuízos que sua conduta teria causado ao erário.

4. Não havendo peça vestibular qualquer menção ao dolo especial do acusado e à ocorrência de danos aos cofres públicos em razão da fraude à licitação a ele imputada, constata-se a inaptidão da exordial. Precedente.

5. Com o reconhecimento da inaptidão da peça vestibular em tela, resta prejudicado o exame da alegada falta de justa causa para a persecução penal.

6. Recurso parcialmente provido para declarar a inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal n. 0203331-04.2009.8.26.0515, estendendo-se os efeitos da decisão aos corréus em idêntica situação, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extensão dos efeitos da decisão aos corréus em idêntica situação, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 115.457 - SP (2019/0205918-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI

RECORRENTE : MARCOS JOSE DIAS

**ADVOGADOS : LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA SANTOS KUNTZ - SP307123
LUIZ CHRISTIANO GOMES DOS REIS KUNTZ - SP049806**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por MARCOS JOSE DIAS contra acórdão proferido pela 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2071381-73.2019.8.26.0000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado como incurso no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

Buscando o trancamento do processo, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os advogados subscritores das razões recursais que a peça vestibular seria inepta, pois não teria narrado circunstância imprescindível para a compreensão do fato supostamente delitivo.

Alegam que o órgão ministerial imputou ao acusado o suposto falseamento da justificativa para a contratação da empresa de sua propriedade, em razão, dentre outros motivos, da existência de incorreções nas memórias de cálculos para a formação dos preços que orientaram as cotações das pessoas jurídicas consultadas, sem, contudo, especificar quais seriam esses erros, o que impediria o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Afirmam que não haveria na exordial a descrição da existência de efetivos danos ao erário, inexistindo justa causa para a persecução criminal.

Argumentam que a memória de cálculo que conteria as supostas incorreções foi elaborada com base na Tabela de Preços do Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de São Paulo - DER/SP, que seria referência de preços para todos os demais órgãos públicos, e até mesmo para a iniciativa privada, razão pela qual não poderia ser considerado um índice informal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sublinham que os preços firmados pela Prefeitura de Rosana e a empresa do recorrente seriam inferiores aos dos praticados no próprio mercado, não havendo que se falar em danos aos cofres públicos.

Requerem o provimento da insurgência para que a ação penal em tela seja trancada.

Contra-arrazoadado o reclamo (e-STJ fls. 224/227), os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça, tendo o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 238/241, manifestado-se pelo seu desprovimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 115.457 - SP (2019/0205918-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente.

Consta da denúncia que os acusados, todos em conjunto e unidos para a prática de uma única finalidade criminosa, dispensaram a licitação n. 4/2007 fora das hipóteses previstas em lei (e-STJ fl. 24).

O corréu Jurandir era Prefeito Municipal, Antônio Carlos era Diretor de Obras da municipalidade, Jackson e Robson era advogados e trabalhavam na Prefeitura, ao passo que o recorrente e Lucas eram "laranjas" de Rogério e figuravam como sócios da empresa RSP - Construção e Serviços Ltda., enquanto José Arlindo era funcionário de Rogério na empresa PRESSSERV (e-STJ fl. 26).

De acordo com o órgão ministerial, com o objetivo de se locupletaram de dinheiro dos cofres públicos, os acusados, todos os unidos para a mesma finalidade, engendraram a dispensa ilegal de procedimento licitatório, a fim de dar-lhe aparência de legalidade (e-STJ fl. 26).

Contudo, a dispensa de licitação não se justificou e foi descoberta pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que a julgou irregular, bem como ilegais os atos ordenadores de despesas (e-STJ fl. 26).

Em 2.4.2007, o corréu Antônio Carlos deu início à licitação com dispensa irregular, elaborando documento no qual justificava a necessidade de contratação urgente para *"prestação de serviços de execução de reparos em áreas limitadas (Tapas buracos) e Recapeamento asfáltico nas ruas de avenidas urbanas pavimentadas do município de Rosana"* (e-STJ fl. 26).

Em seguida, o documento foi encaminhado ao acusado Jackson, advogado e Diretor da Divisão Municipal de Compras e Licitações, que deu prosseguimento ao procedimento e o endereçou ao Prefeito Jurandir, que, por sua vez, determinou a emissão de parecer, que foi elaborado por Robson Thomás, então assessor jurídico da municipalidade, concordando com o pedido de urgência e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontando que a dispensa era o caminho adequado (e-STJ fls. 26/27).

Com base no parecer, Jurandir encaminhou o procedimento para o setor de contabilidade para verificar a disponibilidade orçamentária, e, diante da informação de que havia recursos disponíveis, autorizou a contratação e remeteu o expediente a Robson, para cumprimento (e-STJ fl. 27).

Jackson, por ser o responsável pelo departamento de licitações, ficou responsável por convidar três empresas para participar do certame, emitindo convites, após pesquisa informal de mercado, para a SELTER CONSTRUÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO LTDA., RSP - Construções & Serviços Ltda., e CONSTRUTORA VALE DO REBOJO LTDA. (e-STJ fls. 27/28).

O Ministério Público consignou que as propostas apresentadas foram elaboradas com o prévio conhecimento de quem seria a vencedora, e, após apontar os diversos sinais que demonstrariam que foram digitadas por uma mesma pessoa, apontou que, por se tratar de licitação por menor preço, a empresa RSP sagrou-se vencedora (e-STJ fl. 28).

Foi firmado, então, contrato com a RSP pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, que foi rescindido unilateralmente durante a execução pela então Prefeita Municipal, Aparecida Batista de Oliveira, visando a atender o interesse público (e-STJ fls. 29/30).

A acusação prosseguiu, listando as diversas ilegalidades constatadas no curso do processo de dispensa de licitação, concluindo que o direcionamento para a empresa RSP restou caracterizado, já que tal pessoa jurídica foi constituída apenas um mês antes de ser convidada para a prestação de serviço público de mais de um milhão e meio de reais, advertindo que *"uma pessoa jurídica com um mês de existência não teria como já ser convidada para participar de certame de envergadura, como foi o caso"* (e-STJ fls. 30/33).

Feito este breve resumo acerca dos fatos imputados ao recorrente, sabe-se que o devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao réu o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É dever do órgão acusatório, portanto, narrar de forma satisfatória a conduta delituosa atribuída ao agente, descrevendo todas as suas circunstâncias, conforme a norma disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal, para que seja viável o contraditório a ser instituído em juízo.

A doutrina e jurisprudência alinham-se ao apontar os requisitos mínimos de uma peça acusatória, podendo-se citar, por todos, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), 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 a praticou (ubi), o tempo (quando)' (João Mendes Jr.). (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

No caso dos autos, verifica-se que o Ministério Público cingiu-se a afirmar que o recorrente participou de procedimento de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei, deixando de demonstrar o seu dolo específico e os prejuízos que sua conduta teria causado ao erário.

Como se sabe, ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que para a sua configuração é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93). INÉPCIA DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inaugurada com o julgamento da APn 480/MG pela Corte Especial, firmou o entendimento de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93, deve-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrar, ao menos em tese, o dolo específico de causar dano ao erário bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta.

2. Quanto à conduta descrita no art. 1º, I (segunda parte), do Decreto-Lei n. 201/67, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, no sentido de que o agravado agia com dolo, tendo ciência das ilegalidades, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula n.

7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1372728/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

No mesmo diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
PREFEITO MUNICIPAL.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO E DO DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO CARACTERIZADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência dominante deste Superior Tribunal orienta que "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" (APn n. 480/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012).

2. Não demonstrado na denúncia o elemento subjetivo de causar dano ao erário, é patente a deficiente descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente de dolosa concorrência para a consumação da ilegalidade do caput do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

3. "Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. [...]" (AgRg nos EREsp n. 134.108/DF, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, DJ 16/8/1999).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1259376/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018)

Desse modo, não havendo na exordial em testilha a indicação do dolo específico do recorrente e da ocorrência de danos aos cofres públicos, verifica-se a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inaptidão para a deflagração da persecução criminal, consoante vem decidindo este Sodalício, a exemplo do seguinte julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DA EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Conforme jurisprudência consolidada desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Por meio de sua Corte Especial, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração, ao menos em tese, de dolo específico do dano e da efetiva comprovação de prejuízo ao erário. Precedentes.

3. In casu, não se extrai da denúncia nenhum elemento que aponte, sequer em tese, a existência do dolo específico da recorrente, como prefeita municipal, de causar prejuízo ao erário, bem como da efetiva ocorrência de tal dano, limitando-se o Parquet a assinalar a irregularidade formal do procedimento de dispensa licitatória, sendo, portanto, inepta a denúncia.

4. Recurso em habeas corpus provido para trancar a Ação Penal n. 000001919-83.2015.8.19.0037 instaurada contra Maria da Saudade Medeiros Braga.

(RHC 79.270/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019)

Em arremate, tendo em vista que os corréus Jurandir Pinheiro, Antônio Carlos Paioliello de Andrade, Jackson Peargentile, Robson Thomas Moreira, Rogério de Souza Phelippe, Lucas Alves da Silva e José Arlindo da Silva se encontram na mesma situação processual do recorrente, os efeitos desta decisão devem ser-lhe estendidos, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Finalmente, com o reconhecimento da inaptidão da peça vestibular em tela, resta prejudicado o exame da alegada falta de justa causa para a persecução penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TRANCAMENTO DO PROCESSO. INÉPCIA DA INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFIGURADA. CONDUTA ATÍPICA. DENÚNCIA QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO DESRESPEITADO PELA PACIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O trancamento da ação penal no âmbito de habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade.

2. É ilegítima a persecução criminal quando a conduta atribuída ao denunciado não se subsume ao tipo penal apontado na denúncia, de forma a impossibilitar o necessário exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.

3. O simples fato de a paciente estar na direção de veículo automotor no momento do acidente com velocidade superior aos demais carros que ali trafegavam não autoriza a instauração de processo criminal pelo delito de homicídio culposo, porquanto o órgão ministerial não narrou, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, qual foi o dever objetivo de cuidado desrespeitado pela acusada e a sua relação com a morte da vítima.

4. A imputação, da forma como foi feita, representa a imposição de indevido ônus do processo à ré e a violação do princípio da ampla defesa, ante a ausência da descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente da morte do motociclista.

5. Ordem concedida a fim de declarar a inépcia denúncia e anular, ab initio, o Processo n. 180374-13.2017.8.19.0001, da 31ª Vara Criminal da Comarca da Capital-RJ, sem prejuízo de que seja oferecida nova denúncia em desfavor da paciente, com estrita observância dos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal. A alegação de ausência de justa causa para o recebimento da exordial acusatória fica prejudicada.

(HC 436.697/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019)

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para declarar a inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal n. 0203331-04.2009.8.26.0515, estendendo-se os efeitos da decisão aos corréus em idêntica situação, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0205918-4

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 115.457 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02033310420098260515 20156560220198260000 20190000353175 2033310420098260515
20713817320198260000 413/2009 4132009

EM MESA

JULGADO: 20/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCOS JOSE DIAS
ADVOGADOS : LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA SANTOS KUNTZ - SP307123
LUIZ CHRISTIANO GOMES DOS REIS KUNTZ - SP049806
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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, deu parcial provimento ao recurso, com extensão dos efeitos da decisão aos corréus em idêntica situação, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.