



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.093 - SP (2017/0200675-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ARAI DE MENDONCA BRAZAO
ADVOGADO : ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO - SP197602
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUCIO DE CARVALHO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DECISÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. RITO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO PELO JUIZ. NULIDADE. AUSÊNCIA. BURLA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE E CLARA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. TRANCAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. Não decidida pelo acórdão atacado a suscitada nulidade da decisão de recebimento da denúncia, o tema não merece conhecimento, sob pena de supressão de instância.
2. Segundo entendimento desta Corte, não é causa de nulidade a adoção, por si só, do rito procedimental específico da Lei de Licitações para o processamento de crimes previstos naquele diploma legal, ainda mais se, como na espécie, limitou-se a aplicação da Lei nº 8.666/1993 à readequação do rol de testemunhas apresentado pela acusação, tendo sido observados, no mais, os arts. 396 e 397 do Código de Processo Penal.
3. Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia.
4. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, *primo oculi*. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.
5. Dizer que não há prova de que teria havido burla à competição e que a aceitação de empresas licitantes com sócios parentes entre si (mesmo grupo econômico) é legal, não existindo o tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, são alegações atinentes ao próprio mérito da persecução e, por isso mesmo, deverão ser aferidas na instrução, sob o crivo do contraditório.
6. Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 05 de outubro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.093 - SP (2017/0200675-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ARAI DE MENDONÇA BRAZAO
ADVOGADO : ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO - SP197602
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUCIO DE CARVALHO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ LÚCIO DE CARVALHO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 2114980-33.2017.8.26.0000).

Segundo os autos, o paciente foi denunciado por prática descrita no art. 90 da Lei nº 8.666/1993, tendo sido a peça acusatória recebida pelo Juízo da Segunda Vara Criminal de Ourinhos/SP (processo nº 1001555-82.2017.8.26.0408).

A impetração originária, visando reconhecer a nulidade do processo por não adoção do rito do Código de Processo Penal, a inépcia da denúncia e a falta de justa causa por atipicidade, foi denegada, a teor da seguinte ementa (fl. 22):

Habeas Corpus – Nulidade – Inépcia da denúncia – Exordial que descreve os fatos satisfatoriamente e cumpre os requisitos do art. 41 do CPP - Inocorrência.

Inexiste prejuízo à defesa, se a descrição dos fatos imputados ao réu na inicial acusatória mostrou-se perfeitamente consentânea com as exigências do art. 41 do CPP, de modo a permitir ao acusado o exercício de seu direito de defesa de modo amplo.

Habeas Corpus - Atipicidade não manifesta da conduta do paciente - Análise que exige apreciação aprofundada do mérito do conjunto probatório - Descabimento de discussão em sede de Habeas Corpus.

A atipicidade da conduta pode lastrear eventual concessão da ordem de Habeas Corpus apenas na hipótese de ser manifesta, uma vez que o remédio heroico não se presta ao exame detalhado de questões atinentes ao mérito da demanda, atividade que deve ser reservada ao julgamento da ação penal pela autoridade coatora.

Daí a presente impetração, alegando que há nulidade, por falta de fundamentação bastante, na decisão de recebimento da denúncia, com violação ao art. 93, IX da Constituição Federal.

Assevera que também há nulidade pela não adoção do rito procedimental do Código de Processo Penal, pois o juízo determinou a citação dos denunciados para responderem à acusação no prazo de 10 dias, nos termos do art. 104 da Lei nº 8.666/1993.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Código de Processo Penal é posterior e, portanto, deve prevalecer sobre a Lei de Licitações que, não obstante ser especial, é anterior, tendo sido derogada no ponto. Há de ser aplicado o rito do processo ordinário, com resposta à acusação e interrogatório ao final da instrução.

Insiste ainda a defesa na inépcia da denúncia, argumentando que não descreve a conduta de cada um dos denunciados, conforme os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal.

Postula o trancamento da ação penal por falta de justa causa, ante a ausência de suporte probatório mínimo que possa demonstrar indícios de autoria, pois não teria sido colhido o depoimento de testemunhas, e pela atipicidade da conduta, sustentando que o sigilo da proposta é um direito do participante da licitação em relação à Administração, mas não a outro licitante.

Afirma que o Ministério Público faz uma suposição *"de que teria havido favorecimento de participantes (sem qualquer evidência fática ou na denúncia), em razão da cotação de preços ter se dado junto a 03 empresas que possuem parentes no quadro societário, bem como o mesmo Administrador, já que tiveram conhecimento prévio sobre o valor investigado para o ajuste."* (fl. 17)

Diz a impetração que não teria havido burla à competição e que a aceitação de empresas licitantes com sócios parentes entre si (mesmo grupo econômico) é legal, não existindo o tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993.

Pede, liminarmente, seja suspensa a marcha processual em primeiro grau de jurisdição e, no mérito, a concessão da ordem para trancar a ação penal.

Indeferida a liminar (fls. 852/854) e prestadas informações (fls. 906/914), opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 916/917).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.093 - SP (2017/0200675-6)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DECISÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. RITO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO PELO JUIZ. NULIDADE. AUSÊNCIA. BURLA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE E CLARA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. TRANCAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. Não decidida pelo acórdão atacado a suscitada nulidade da decisão de recebimento da denúncia, o tema não merece conhecimento, sob pena de supressão de instância.

2. Segundo entendimento desta Corte, não é causa de nulidade a adoção, por si só, do rito procedimental específico da Lei de Licitações para o processamento de crimes previstos naquele diploma legal, ainda mais se, como na espécie, limitou-se a aplicação da Lei nº 8.666/1993 à readequação do rol de testemunhas apresentado pela acusação, tendo sido observados, no mais, os arts. 396 e 397 do Código de Processo Penal.

3. Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia.

4. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, *primo oculi*. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

5. Dizer que não há prova de que teria havido burla à competição e que a aceitação de empresas licitantes com sócios parentes entre si (mesmo grupo econômico) é legal, não existindo o tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, são alegações atinentes ao próprio mérito da persecução e, por isso mesmo, deverão ser aferidas na instrução, sob o crivo do contraditório.

6. Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

De início, a questão da falta de fundamentos no recebimento da denúncia não foi decidida no acórdão tido por coator, não merecendo, por isso mesmo, conhecimento, sob pena de supressão de instância, inclusive porque o pedido constante da inicial não contempla a determinação de que o tema seja julgado na origem, mas, simplesmente, o trancamento da ação penal.

A adoção do rito da Lei nº 8.666/1993, por si só, não é causa de nulidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme já decidido nesta Corte:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 90 DA LEI 8.666/93. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CPP, ALTERADO PELA LEI 11.719/08. NULIDADE AFASTADA. LEI DE LICITAÇÕES PREVÊ NORMAS PRÓPRIAS PARA APURAÇÃO DE CRIMES. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Aplica-se o procedimento comum ordinário somente quando houver omissão em lei especial, consoante o princípio da especialidade.

3. A Lei de Licitações prevê normas próprias sobre o procedimento para apuração de crimes, motivo pelo qual incabível, na hipótese, a incidência do procedimento comum ordinário, visto que há regras específicas para o exercício do direito de defesa no âmbito da lei de regência, obstando consequentemente a combinação de leis processuais, por força do art. 394, § 2º do CPP.

4. Seguindo o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 563, não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há que se declarar a nulidade do processo.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 132.807/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE EM LICITAÇÃO. RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NO ART. 104 DA LEI N. 8.666/1993. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. ATO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI N. 11.719/2008 QUE INCIDE APENAS SOBRE O PROCEDIMENTO COMUM. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte firmou entendimento de que "a alteração do momento do interrogatório no curso do procedimento comum, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, não tem o condão de repercutir sobre os procedimentos especiais" (RHC 49.155/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/10/2015).

2. Embora tenha a redação do art. 394 do CPP sido alterado pela Lei n. 11.719/2008, fixando rito comum mais benéfico ao anterior previsto, responde o recorrente por crime previsto em lei especial - Lei n. 8.666/1993 -, a qual prevê rito próprio à sua apuração, determinado em seu art. 104, que estabelece, após o recebimento da denúncia e citado o réu, o seu interrogatório.

3. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(RHC 48.485/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016)

Ainda mais se, como na espécie, limitou-se a aplicação da Lei nº 8.666/1993 à readequação do rol de testemunhas apresentado pela acusação, tendo sido observados, no mais, os arts. 396 e 397 do Código de Processo Penal, consoante fixado no acórdão em xequê (fls. 24/25):

Em 20 de fevereiro de 2017, após vasta coleta de provas, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o ora paciente e os demais investigados, pela prática, em tese, do delito de fraude à licitação. Em 25 de maio de 2017 a exordial foi devidamente recebida, adotando-se o rito previsto na Lei nº 8666/93 e determinando-se à acusação que readequasse o rol de testemunhas ao número previsto na referida lei especial, contra o que se insurge o paciente.

Primeiramente, é importante deixar consignado que o art. 394, § 2º do CPP (já com as alterações dadas pela Lei nº 11.719/08) dispõe aplicar-se o procedimento comum a todos os processos, salvo disposições em contrário em lei especial (grifo nosso).

O mesmo dispositivo, em seu § 4º, estabelece que os arts. 395 a 397 serão aplicados a todos os procedimentos penais de primeiro grau.

A esse respeito, o i. parecerista oficiante deixou consignado, às fls. 865 que:

Pelo que se infere das informações, ainda não se chegou a esta fase procedimental. Com efeito, a MMª. Juíza de Direito determinou a citação do réu, que apresentou, no prazo de 10 dias, a defesa escrita, exatamente como preceitua o artigo 396 do Código de Processo Penal. Ato contínuo, deu-se vista dos autos ao Ministério Público. Não se tem notícia de que a MMª. Juíza de Direito não tenha observado o disposto no artigo 397 do Código de Processo Penal.

Em razão de todo o exposto, não se vislumbra a nulidade procedimental apontada pela esforçada Defesa.

Quanto ao mais, colhe-se da denúncia (fls. 55/61):

Consta do incluso Inquérito Civil nº 14.0358.0001339/2016-0 que no dia 15 de julho 2009, aproximadamente às 09h00m, na sala de licitações da Prefeitura de Ourinhos, com sede na Travessa Vereador Abrahão Abujamra, 40, Bairro Vila Moraes, nesta cidade e comarca, TOSHIO MISATO, brasileiro, casado, ex-Prefeito de Ourinhos, engenheiro civil, portador da cédula de identidade RG nº 8.722.397-SSP/SP e inscrito no CPF (MF) sob nº 797.026.518-91, residente na Rua Salim Abuhamad, nº 838, Bairro Jardim Ouro Verde, no município de Ourinhos, C.E.P 19.906-030, Estado de São Paulo, MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MARGUTTI, brasileiro, casado, administrador, RG nº 4.296.683-3, CPF nº 426.078.098-00, residente e domiciliado na Rua Santa Mônica, nº 378, Bairro Jardim Oriental, no município de Ourinhos, CEP 19.901-738, Estado de São Paulo, LUCIANO LÚCIO DE CARVALHO, brasileiro, casado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advogado, portador da cédula de identidade RG nº 15.971.831 SSP/SP e inscrito no CPF/MF nº 114.145.088-75, residente e domiciliado na Rua José Galvão, nº 179, CEP 19.900-260, Ourinhos, estado de São Paulo, **JOSÉ LÚCIO DE CARVALHO**, brasileiro, casado, advogado, nascido em 20/02/1944, natural de Palmital-SP, portador da cédula de identidade RG nº 3.322.640 SSP/SP e inscrito no CPF/MF nº 436.834.108-25, residente e domiciliado na Rua Maria Flores Morales Moya, nº 231, Jardim Tropical, CEP 19.906-475, Ourinhos/SP e **LUIZ CARLOS LÚCIO CARVALHO**, brasileiro, casado, nascido em 03/03/1952, médico, natural de Marília/SP, portador da cédula de identidade civil RG nº 8.536.951-SSP/SP, inscrito CPF/MF sob o nº 334.731.538-34, residente e domiciliado na Rua Belo Horizonte, nº 1.356, ap. nº 1.502, Centro, 86.020-060, Londrina, Estado do Paraná, **todos com vínculo subjetivo prévio, frustraram, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do procedimento licitatório nº 2100/2009, com o intuito de obter, para si e para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.**

Segundo se apurou, no dia 15 de julho de 2009 José Lúcio de Carvalho, representando a Auto Viação Ourinhos Assis Ltda, Luciano Lúcio de Carvalho, representando a Viação Ourinhos Transporte de Passageiros Ltda-ME e Luiz Carlos Lúcio Carvalho, representando a Empresa de Ônibus Circular Cidade de Ourinhos, mediante prévio ajuste entre si e com vínculo subjetivo com os agente públicos Marco Antônio Ribeiro Margutti, Coordenador de Suprimento e Apoio Logístico que homologou a licitação e Toshio Misato, Prefeito à época, responsável pela assinatura do contrato administrativo da licitação e ordenador de despesas do Município, fraudaram o Pregão nº 97/2009, e conseqüentemente o Processo Licitatório nº 2100/2009, cujo objeto foi a contratação de ônibus escolares para o transporte de alunos no Município de Ourinhos. A remuneração do contrato com seus respectivos aditamentos alcançaram o valor de R\$ 10.345.176,50 (dez milhões, trezentos e quarenta e cinco mil, cento e setenta e seis reais e cinquenta centavos).

É dos autos que através do Ofício nº 0059/09-SME a Secretária Municipal de Educação solicitou ao Prefeito à época, Toshio Misato, a realização de processo licitatório, modalidade pregão, visando à terceirização de veículos escolares, anexando relatório com os trechos a serem licitados, autorizados de forma manuscrita pelo Prefeito.

Realizados os trâmites previstos na Lei nº 8.666/93 foi publicado edital de abertura, na modalidade pregão presencial, o qual ocorreu em 29 de junho de 2009, dos quais participaram as sociedades empresárias rés, bem como a sociedade empresária Meneguim Turismo Ltda.

Verifica-se da ata do pregão a fls. 209/211 do apenso 02 do IC 1339/2016-0 que Meneguim Turismo Ltda. foi desclassificada na forma do art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 10.520/02.

Na forma desse artigo, seguiram no pregão o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela, sendo os que não atenderem tal requisito desclassificados.

No caso, a oferta de valor mais baixo foi feita pela requerida Empresa de Ônibus Circular Cidade Ltda por R\$ 7,21 (sete reais e vinte e um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

centavos) por quilômetro rodado, sendo a proposta de Meneguim Turismo Ltda. desclassificada por estar pelo menos 10% acima dessa valor – proposta de R\$ 10,00 (dez reais) por quilômetro rodado.

Assim, seguiram na fase de lances verbais e sucessivos as requeridas Auto Viação Ourinhos Assis Ltda., Viação Ourinhos Transporte de Passageiros Ltda. e Empresa de Ônibus Cidade Ltda., sagrando-se vencedora a sociedade empresária Viação Ourinhos Transporte de Passageiros Ltda. pelo valor de R\$ 7,10 (sete reais e dez centavos) por quilômetro rodado.

No entanto, as três concorrentes, muito embora de personalidades jurídicas distintas, tinham como administradores em comum José Lúcio Carvalho, Luiz Carlos Lúcio Carvalho e Luciano Lúcio de Carvalho, os quais além desse fato, possuem relação de parentesco entre si e compareceram ao Pregão seguindo nos lances verbais da fase final do certame, o que indubitavelmente desvela o intuito fraudatório dos licitantes.

O referido ato foi submetido a julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, autuado sob o nº TC- 001536/004/09, o qual julgou irregular o Pregão, o Contrato decorrente e os Termos de Aditamentos, encaminhando-se cópias de peças dos autos à Prefeitura de Ourinhos, conforme acórdão a fls. 19/20 publicado em 02 de outubro de 2012. Apesar do réu Toshio Misato ter se utilizado de todos os recursos internos previstos, a decisão administrativa foi mantida e transitou em julgado no dia 05 de novembro de 2015, conforme se observa a fls. 31. Em apertada síntese, a motivação dos julgados se resumiu ao fato de três das quatro empresas concorrentes terem os mesmos administradores, além da relação de parentesco entre os sócios e administradores das concorrentes.

A despeito da evidência desses vícios insanáveis violadores dos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, o então Coordenador de Suprimento e Apoio Logístico, Marco Antônio Ribeiro Margutti homologou o resultado do pregão, conforme se observa a fl. 219 do apenso 02 e Toshio Misato, assinou o contrato administrativo e ordenou indevidamente as despesas, ambos com vínculo subjetivo com os demais denunciados.

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência TOSHIO MISATO, MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MARGUTTI, LUCIANO LÚCIO DE CARVALHO, JOSÉ LÚCIO DE CARVALHO e LUIZ CARLOS LÚCIO CARVALHO, acima qualificados, como incurso no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 c.c. art. 29 do Código Penal.

Consoante se depreende, não há, na descrição realizada, a suscitada pecha da inépcia, porquanto os fatos estão suficientemente descritos, com objetividade e clareza.

Nesse contexto, exsurge que se apresenta temerário e prematuro, nesta via, obstar, sumariamente, a persecução penal, porque a ventilada inépcia demanda a certeza da total ausência de indícios de autoria, e essa conclusão não pode ser extraída da leitura da peça acusatória, pelo contrário, a dinâmica dos fatos narrados, se não é um primor de técnica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurídica e de precisão, deixa entrever, no âmbito de conhecimento que o *habeas corpus* comporta, que o paciente, como empresário do ramo de transporte público, em conluio com os corréus, inclusive o Prefeito da cidade de Ourinhos/SP, teria frustrado o caráter competitivo da licitação, visando beneficiar uma das pessoas jurídicas que, afinal saiu-se vencedora do certame e cujo quadro societário seria composto por parentes entre si, inclusive o ora paciente.

Há plausibilidade na imputação, demonstrando a peça de ingresso liame entre a suposta atuação do paciente nos fatos e a prática tida por delituosa. Está, a meu sentir, plenamente assegurado o amplo direito de defesa.

De outra parte e como decorrência lógica da higidez da denúncia, no caso concreto, não há falar também em ausência de justa causa para a ação penal, pois somente pode ser reconhecida, em sede de *habeas corpus*, quando há flagrante constrangimento ilegal, demonstrado por prova inequívoca e pré-constituída de não ser o denunciado o autor do delito, não existir crime, encontrar-se a punibilidade extinta por algum motivo ou pela ausência de suporte probatório mínimo a justificar a propositura de ação penal, hipóteses aqui não constatadas.

Gustavo Henrique Badaró, no seu Direito Processual Penal, Tomo I, Elsevier Editora, São Paulo, 2008, págs.71/72, discorrendo sobre a justa causa para a ação penal, afirma:

"A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, consistente na prova da existência material de um crime e em indícios de que o acusado seja o seu autor. A ausência de qualquer um destes dois elementos autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltarão justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

Há ainda corrente que exige mais. Para Silva Jardim (1994, p. 42), a ação só é viável quando a acusação não é temerária, por estar baseada em um mínimo de prova:

Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal."

No caso concreto, como visto, o mote da ausência de justa causa cinge-se à falta de mínimo suporte probatório à increpação, contudo, diante da clareza da descrição fática realizada na denúncia, essa alegação, em realidade, demanda aprofundamento probatório, não condizente com a via eleita, restrita por excelência.

Em realidade, dizer que não há prova de que teria havido burla à competição e que a aceitação de empresas licitantes com sócios parentes entre si (mesmo grupo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

econômico) é legal, não existindo o tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, são alegações atinentes ao próprio mérito da persecução e, por isso mesmo, deverão ser aferidas na instrução, sob o crivo do contraditório.

Esse é o entendimento da jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO E SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE E FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. Segundo o entendimento desta Corte de Justiça, o trancamento da ação penal, no âmbito do habeas corpus, somente é possível quando se constatar, primo *ictu oculi*, a atipicidade da conduta, a inexistência de indícios de autoria, a extinção da punibilidade ou quando for manifesta a inépcia da exordial acusatória.

2. No caso vertente, nenhuma dessas hipóteses se evidencia de pronto, sendo certo que a alegada atipicidade da conduta e a ausência de justa causa para a instauração da ação penal - consubstanciada no fato de o suposto crime ter como sujeito passivo um particular e não o Estado e na ausência de materialidade -, demanda a incursão no acervo fático probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

3. As condutas ilícitas apuradas na ação penal são peculato (art. 312 do CP) e supressão de documento (art. 305 do CP), cujas penas máximas são, respectivamente, 12 anos, e 5 ou 6 anos dependendo da natureza do documento, se particular ou público. Nos termos do art. 109, III, do Código Penal, o prazo prescricional para os crimes acima listados é de 16 e 12 anos, respectivamente.

4. No presente caso, não há falar em ocorrência da prescrição, porquanto os crimes foram cometidos em 28/05/1997 e a denúncia recebida em 17/04/2001. O aditamento da denúncia ocorreu em 26/07/2006. Em razão de o recebimento da denúncia constituir marco interruptivo para contagem do prazo de prescrição, nos termos do artigo 117, I, do Código Penal, ainda não transcorreram os 12 anos necessários para que se opere a prescrição, em relação ao delito do art. 305 do CP, muito menos em relação ao peculato, levando-se em consideração o lapso temporal de 3 anos e 9 meses em que ficou suspenso o processo.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 42.496/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 08/04/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO. ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

2. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação dos crimes, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa.

3. O reconhecimento da inexistência de justa causa para a ação penal exigiria aprofundamento probatório, o que é inadmissível na via estreita do presente writ.

4. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.

(RHC 19.549/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)

Por ora, presentes na denúncia os requisitos básicos para a persecução penal (indícios de autoria e materialidade) e não se podendo concluir, *ictu oculi*, pela ausência de justa causa à increpação, a tese do trancamento não prospera.

Ante o exposto, conheço em parte da impetração e, nesta extensão, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0200675-6

HC 412.093 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1001555822017 1001558220178260408 20170000575326 21149803320178260000

EM MESA

JULGADO: 05/10/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ARAI DE MENDONCA BRAZAO
ADVOGADO	: ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO - SP197602
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE LUCIO DE CARVALHO
CORRÉU	: TOSHIO MISATO
CORRÉU	: MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MARGUTTI
CORRÉU	: LUCIANO LUCIO DE CARVALHO
CORRÉU	: LUIZ CARLOS LUCIO CARVALHO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.