



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.182 - AP (2016/0227221-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FABRICIO DE OLIVEIRA CAMPOS GIORI E OUTRO
ADVOGADO : FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS E OUTRO(S) - ES010328
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : ANTONIO ILDEGARDO GOMES DE ALENCAR

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PECULATO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 514 DO CPP. DELITO FUNCIONAL TÍPICO. SÚMULA/STJ 330. NULIDADE RELATIVA. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No que se refere à suposta ilegalidade do procedimento adotado, por inobservância do rito previsto no art. 2º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, verifica-se que o paciente foi denunciado pela prática de crime de peculato. Porém, tratando-se de crime funcional típico, o art. 514 do Código de Processo Penal igualmente prevê a necessidade de notificação do denunciado para a apresentação de defesa preliminar.

3. Nos moldes da Súmula/STJ 330, quando a denúncia for precedida de inquérito policial, hipótese dos autos, mostra-se despicienda a observância do procedimento do art. 514 do CPP. Por certo, embora tal posicionamento não seja adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é pacífico no âmbito das Cortes Superiores o entendimento de que a inobservância do rito retromencionado configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita oportunamente, sob pena de preclusão, exigindo, ainda, a demonstração do prejuízo suportado pela parte, já que o art. 563 do Código de Processo Penal consagra o princípio *pas de nullité sans grief*. *In concreto*, malgrado a inobservância do rito legal tenha sido aventada na primeira oportunidade em que a defesa manifestou-se nos autos, já em sede de resposta à acusação, o dano causado ao paciente não restou concretamente demonstrado, razão pela qual não deve ser reconhecida a nulidade do procedimento.

4. Nos termos do entendimento consolidado 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.

5. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1º/10/2015).

6. A participação do réu em suposto crime de peculato não restou descrita na incoativa, pois não foi deduzida de que maneira teria ele concorrido para a apropriação de valores pelo agente público, tendo sido afirmado tão somente que o paciente agiu com intuito de beneficiar a empresa vencedora da licitação. Em verdade, eventual comportamento ilícito do réu poderia configurar, no máximo, conduta descrita na Lei n. 8.666/1993, consistente em fraude durante procedimento de tomada de preços na qual prestou assistência jurídica.

7. Como cediço, o réu não se defende da qualificação jurídica dada pelo órgão acusatório aos fatos, donde decorre que eventual erro na adequação típica do fato não configura, *de per si*, inépcia da denúncia. Entrementes, não se admite que o órgão acusatório, ao proceder ao juízo de subsunção, deixe de imputar ao agente a prática do crime correspondente à conduta por ele perpetrada, optando por atribuir a prática de delito mais grave, com maior apenamento e, por consectário, de prazo prescricional mais longo. Deveras, o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 90 da Lei n. 8.999/1993 prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, mais multa, prescrevendo a pretensão punitiva antes do trânsito em julgado da sentença em 8 (oito) anos. Lado outro, no tocante ao delito de peculato, o Código Penal estabelece pena *in abstracto* de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, mais multa, prescrevendo, pois, em 16 (dezesseis) anos. Na hipótese, a própria denúncia afirma que a pretensão punitiva referente ao crime de licitação estaria prescrita desde 2009, tendo concluído pela imputação, a todos os réus, da prática do delito de peculato.

8. Olvidou-se a peça acusatória de descrever o nexo causal entre a conduta imputada ao réu e o resultado delitivo, que seria a malversação de valores oriundos de convênio firmando entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura de Amapá/AP, pois, repita-se, a conduta do réu está inserida, exclusivamente, no contexto da tomada de preços e de suposto favorecimento a licitante. Mesmo que se admita que o gestor público tenha se utilizado de procedimento licitatório fraudulento para a prática do desvio de verbas, o liame entre a conduta do réu e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma legal alegadamente violada, qual seja, o art. 312 do CP, não restou satisfatoriamente declinado na denúncia.

9. O art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 admite que, "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo". Assim, em princípio, ao ter opinado pela abertura de prazo para apresentação dos documentos faltantes, que geraram a inabilitação da empresa, o acusado não praticou conduta ilícita, tendo agido em conformidade com o texto legal.

10. Forçoso destacar que mesmo que a conduta do ex-prefeito possa configurar a prática do tipo penal descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, em atendimento ao princípio da especialidade, considerando o intervalo de apenamento estabelecido para tal crime, a prescrição da pretensão punitiva somente seria alcançada em 16 (dezesseis) anos, prazo idêntico ao estabelecido para o crime de peculato. Assim, eventual erro na tipificação, por não implicar elastério do prazo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prescricional, não denota ausência de justa causa para persecução penal pela extinção da punibilidade em relação a todos os réus, devendo ser apenas reconhecida a inépcia formal da peça acusatória no tocante ao ora paciente.

11. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de trancar a Ação Penal 0002273-42.2013.4.01.3100, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá, em relação ao paciente Antonio Ildegardo Gomes de Alencar, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 de CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presente na tribuna: Dra. Conceição Aparecida Giori (p/pacte)

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.182 - AP (2016/0227221-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FABRICIO DE OLIVEIRA CAMPOS GIORI E OUTRO
ADVOGADO : FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS E OUTRO(S) - ES010328
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : ANTONIO ILDEGARDO GOMES DE ALENCAR

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **ANTONIO ILDEGARDO GOMES DE ALENCAR** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito previsto no art. 312, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, caracterizado por suposto desvio de valores provenientes da União em decorrência de irregularidades no cumprimento do Convênio n. 3318/2001, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Amapá/AP e o Ministério da Saúde.

Recebida a incoativa pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amapá e rejeitado o pedido de absolvição sumária do réu, a defesa impetrou *writ* perante a Corte de origem, pugnando pelo seu trancamento, notadamente em razão da inépcia da peça acusatória e pela carência de justa causa para a persecução penal. A ordem, contudo, restou denegada, nos moldes da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE PECULATO. CONCURSO DE PESSOAS. DESVIO DE VERBAS. CONVÊNIO. PREFEITURA. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO AFASTADA. NULIDADES. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITE SANS GRIEF*. DENÚNCIA. INÉPCIA. AUSÊNCIA. CRIME EM TESE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme previsto nos artigos 109, inciso II, 111, inciso I, e 117, inciso I, do Código Penal e considerando-se que a pena máxima cominada ao tipo criminal imputado ao paciente é de doze anos (CP, art. 312), o prazo prescricional é de dezesseis anos. Não há que se cogitar de prescrição uma vez que o primeiro evento criminoso consumou-se em 23/04/2002 e a denúncia foi recebida em 18/09/2013.

2. No processo penal o reconhecimento de nulidade está adstrito à efetiva demonstração do prejuízo alegado, segundo o princípio *pas de nullite sans grief*, consubstanciado no artigo 563 do CPP.

3. O paciente apresentou resposta à acusação em 10/02/2015, tendo desistido, posteriormente, da oitiva de testemunhas arroladas, conforme andamento da ação penal, não havendo que se cogitar de prejuízo para a sua defesa por inobservância do rito previsto no art. 2º do Decreto-lei n. 201/67, pelo que não se configurou qualquer violação ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa.

4. A ausência de notificação para apresentação de defesa preliminar constitui nulidade relativa e não absoluta.

5. A denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, estando sujeita à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação e contrariedade e somente deve ser repelida quando não houver prova da existência de crime ou de indícios de autoria no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando se estiver diante de flagrante causa de exclusão da ilicitude ou de atipicidade ou de extinção da punibilidade.

6. Descabe cogitar-se de inépcia da denúncia que contém minuciosa exposição dos fatos criminosos em todas as suas circunstâncias, com a qualificação do réu e a classificação da conduta criminosa, possibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

7. É inviável o trancamento de ação penal quando a denúncia descrever fatos que, em tese, configurem crime e quando houver indícios de autoria, bem assim que a justa causa que autoriza o trancamento da ação é aquela que se apresenta clara e incontroversa ao simples compulsar dos autos; é aquela que se revela cristalina, evidente, sem necessidade do aprofundamento do exame da prova. Precedentes.

8. Presentes a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria e amoldando-se a conduta ilícita aos delitos tipificados nos artigos 312 e 29, ambos do Código Penal, não há que se cogitar de falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

9. O remédio constitucional do *habeas corpus* não é o instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos. Para debate dessa natureza reserva-se ao acusado o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir as provas que melhor entenderem para alicerçar seus respectivos interesses, além daquelas que podem ser colhidas pelo juiz da causa.

10. O *habeas corpus* não é a via adequada para exame de questões relativas à falta de justa causa para a ação penal, culpabilidade, atipicidade da conduta ou tese de negativa de autoria, por isso que exigem incursões aprofundadas no campo fático-probatório.

11. Caso em que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 312 (peculato) c/c artigo 29 (concurso de pessoas) do Código Penal, em face de suposto desvio de verba proveniente da União em decorrência de irregularidades no cumprimento de Convênio celebrado entre Prefeitura Municipal e o Ministério da Saúde para a construção de unidade de saúde e aquisição de materiais e equipamentos permanentes" (e-STJ, fls. 236-238).

Neste *writ*, os impetrantes repisam os fundamentos deduzidos na impetração originária, no sentido de que a conduta descrita na exordial não se subsume ao tipo penal do art. 312 do Estatuto Repressor, pois, quando muito, amolda-se ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, uma vez que a peça acusatória apenas reconhece ter havido desvio de verbas públicas em virtude da não apresentação das contas pelo ex-prefeito, dado que permitiria a leitura da denúncia sob a ótica de incidência do inciso VII do mesmo artigo 1º. Além disso, o fato de não ter sido referido que o desvio das verbas fora praticado em benefício próprio ou de outrem impede a tipificação da conduta no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967.

De igual modo, asseveram que a pretensão punitiva estaria prescrita caso a conduta fosse enquadrada no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, tendo sido invocada a figura do estelionato tão somente evitar o reconhecimento da prescrição.

Ainda, salientam que a acusação apenas invoca o tipo do art. 312 do Código Penal, mas não fala de desvio para si ou para outrem, da apropriação de dinheiro público, montantes apropriados ou desviados. Ainda, embora mencione a existência de colaboração em desvio, tendo articulado a participação do paciente no crime a partir de um "direcionamento" da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

licitação, a denúncia não descreve a sua contribuição, tendo apenas feito alusão a eventos que não guardam nexo causal com o pretendido peculato. Mais, afirma não existir relação de causalidade entre a falta de prestação de contas e o desvio indevidamente capitulado como peculato, bem como entre o suposto comportamento do paciente e a fraude à licitação.

Noticiam que o Tribunal de origem, quando do julgamento do *mandamus* ali impetrado, reconheceu que os tipos penais adequados à espécie se circunscreveriam aos incisos III e VII do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, porém, sem motivação concreta, denegaram a ordem, sem enfrentar as questões ventiladas pelos impetrantes.

Ponderam que a imputação recai igualmente sobre o corréu que exercia o cargo de prefeito municipal ao tempo, o que torna a aplicação o Decreto-Lei n. 201/1967, devendo ser observado o rito previsto em tal diploma legal. Assim, a supressão do contraditório prévio estabelecido conduz à nulidade absoluta do feito, por implicar cerceamento do direito de defesa da parte. Mencionam, ainda, que a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que não ocorrendo a notificação do acusado nos crimes de responsabilidade de prefeitos, a nulidade é absoluta, posto que presumida, dada a obrigatoriedade de sua observância.

Demais disso, asseveram que os elementos que instruíram a denúncia evidenciam a manifesta carência de justa causa, já que não há se falar em direcionamento de licitação quando há apenas um licitante. Ainda, afirmam que o único dado comportamental vinculado diretamente ao ora paciente consiste em seu papel de assessoramento jurídico junto à comissão permanente de licitação, sendo que, conforme se depreende da Ata de Abertura e Julgamento da Tomada de Preços, ele teria se manifestado pela suspensão da reunião, antes da abertura dos envelopes, a fim que fosse dado prazo para integralização dos documentos de habilitação, o que encontra amparo no art. 48, § 3º, da Lei de Licitações. Acrescentam não ser possível a criminalização do parecer ou orientação jurídica, o que, igualmente, denota a inépcia da incoativa, já que nenhuma outra circunstância concreta, além do exercício profissional, foi invocada.

Pugnam, ao final, pela concessão da ordem, a fim de que seja anulada a decisão que recebeu a denúncia, por descumprimento do rito do Decreto-Lei n. 201/1967 ou, ainda, trancada a ação penal em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amapá, dada a ocorrência de prescrição, pela inépcia da peça acusatória ou pela carência de justa causa para a persecução penal.

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, caso conhecido, pela sua denegação (e-STJ, fls. 268-279).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.182 - AP (2016/0227221-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FABRICIO DE OLIVEIRA CAMPOS GIORI E OUTRO
ADVOGADO : FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS E OUTRO(S) - ES010328
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : ANTONIO ILDEGARDO GOMES DE ALENCAR

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PECULATO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 514 DO CPP. DELITO FUNCIONAL TÍPICO. SÚMULA/STJ 330. NULIDADE RELATIVA. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No que se refere à suposta ilegalidade do procedimento adotado, por inobservância do rito previsto no art. 2º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, verifica-se que o paciente foi denunciado pela prática de crime de peculato. Porém, tratando-se de crime funcional típico, o art. 514 do Código de Processo Penal igualmente prevê a necessidade de notificação do denunciado para a apresentação de defesa preliminar.

3. Nos moldes da Súmula/STJ 330, quando a denúncia for precedida de inquérito policial, hipótese dos autos, mostra-se despicienda a observância do procedimento do art. 514 do CPP. Por certo, embora tal posicionamento não seja adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é pacífico no âmbito das Cortes Superiores o entendimento de que a inobservância do rito retromencionado configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita oportunamente, sob pena de preclusão, exigindo, ainda, a demonstração do prejuízo suportado pela parte, já que o art. 563 do Código de Processo Penal consagra o princípio *pas de nullité sans grief*. *In concreto*, malgrado a inobservância do rito legal tenha sido aventada na primeira oportunidade em que a defesa manifestou-se nos autos, já em sede de resposta à acusação, o dano causado ao paciente não restou concretamente demonstrado, razão pela qual não deve ser reconhecida a nulidade do procedimento.

4. Nos termos do entendimento consolidado 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.

5. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1º/10/2015).

6. A participação do réu em suposto crime de peculato não restou descrita na incoativa, pois não foi deduzida de que maneira teria ele concorrido para a apropriação de valores pelo agente público, tendo sido afirmado tão somente que o paciente agiu com intuito de beneficiar a empresa vencedora da licitação. Em verdade, eventual comportamento ilícito do réu poderia configurar, no máximo, conduta descrita na Lei n. 8.666/1993, consistente em fraude durante procedimento de tomada de preços na qual prestou assistência jurídica.

7. Como cediço, o réu não se defende da qualificação jurídica dada pelo órgão acusatório aos fatos, donde decorre que eventual erro na adequação típica do fato não configura, *de per si*, inépcia da denúncia. Entrementes, não se admite que o órgão acusatório, ao proceder ao juízo de subsunção, deixe de imputar ao agente a prática do crime correspondente à conduta por ele perpetrada, optando por atribuir a prática de delito mais grave, com maior apenamento e, por consectário, de prazo prescricional mais longo. Deveras, o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 90 da Lei n. 8.999/1993 prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, mais multa, prescrevendo a pretensão punitiva antes do trânsito em julgado da sentença em 8 (oito) anos. Lado outro, no tocante ao delito de peculato, o Código Penal estabelece pena *in abstracto* de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, mais multa, prescrevendo, pois, em 16 (dezesseis) anos. Na hipótese, a própria denúncia afirma que a pretensão punitiva referente ao crime de licitação estaria prescrita desde 2009, tendo concluído pela imputação, a todos os réus, da prática do delito de peculato.

8. Olvidou-se a peça acusatória de descrever o nexo causal entre a conduta imputada ao réu e o resultado delitivo, que seria a malversação de valores oriundos de convênio firmando entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura de Amapá/AP, pois, repita-se, a conduta do réu está inserida, exclusivamente, no contexto da tomada de preços e de suposto favorecimento a licitante. Mesmo que se admita que o gestor público tenha se utilizado de procedimento licitatório fraudulento para a prática do desvio de verbas, o liame entre a conduta do réu e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma legal alegadamente violada, qual seja, o art. 312 do CP, não restou satisfatoriamente declinado na denúncia.

9. O art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 admite que, "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo". Assim, em princípio, ao ter opinado pela abertura de prazo para apresentação dos documentos faltantes, que geraram a inabilitação da empresa, o acusado não praticou conduta ilícita, tendo agido em conformidade com o texto legal.

10. Forçoso destacar que mesmo que a conduta do ex-prefeito possa configurar a prática do tipo penal descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, em atendimento ao princípio da especialidade, considerando o intervalo de apenamento estabelecido para tal crime, a prescrição da pretensão punitiva somente seria alcançada em 16 (dezesseis) anos, prazo idêntico ao estabelecido para o crime de peculato. Assim, eventual erro na tipificação, por não implicar elastério do prazo prescricional, não denota ausência de justa causa para persecução penal pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extinção da punibilidade em relação a todos os réus, devendo ser apenas reconhecida a inépcia formal da peça acusatória no tocante ao ora paciente.

11. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de trancar a Ação Penal 0002273-42.2013.4.01.3100, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá, em relação ao paciente Antonio Ildegardo Gomes de Alencar, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 de CPP.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Inicialmente, no que se refere à suposta ilegalidade do procedimento adotado, por inobservância do rito previsto no art. 2º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, verifica-se que o paciente foi denunciado pela prática de crime de peculato. Porém, tratando-se de crime funcional típico, o art. 514 do Código de Processo Penal igualmente prevê a necessidade de notificação do denunciado para a apresentação de defesa preliminar.

Entretanto, nos moldes da Súmula/STJ 330, quando a denúncia for precedida de inquérito policial, hipótese dos autos, mostra-se desprovidos a observância do procedimento do art. 514 do CPP. Por certo, embora tal posicionamento não seja adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é pacífico no âmbito das Cortes Superiores o entendimento de que a inobservância do rito retromencionado configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita oportunamente, sob pena de preclusão, exigindo, ainda, a demonstração do prejuízo suportado pela parte, já que o art. 563 do Código de Processo Penal consagra o princípio *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 317, C/C OS ARTS. 29 E 30, TODOS DO CP. TRANCAMENTO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. CRIME PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ART. 514 DO CPP. NÃO OBSERVÂNCIA. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA N. 330 DO STJ. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O pedido de trancamento do processo por inépcia da denúncia ou por ausência de justa causa para a persecução penal não é cabível quando já há sentença, pois seria incoerente analisar a mera higidez formal da acusação ou os indícios da materialidade delitiva se a própria pretensão condenatória já houver sido acolhida, depois de uma análise vertical do acervo fático e probatório dos autos.

2. A notificação do funcionário público, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, não é necessária quando a ação penal for precedida de inquérito policial. Súmula n. 330 do STJ.

3. O Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha proferido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgados em sentido diverso, assentou o entendimento de que o vício de procedimento deve ser suscitado em momento oportuno e exige a demonstração de prejuízo concreto à parte, consoante a exegese do art. 563 do CPP, o que não ocorreu na espécie.

4. Recurso ordinário não provido."

(RHC 32.524/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016, grifou-se)

In concreto, malgrado a inobservância do rito legal tenha sido aventada na primeira oportunidade em que a defesa manifestou-se nos autos, já em sede de resposta à acusação, o dano causado ao paciente não restou concretamente demonstrado, razão pela qual não deve ser reconhecida a nulidade do procedimento.

Demais disso, tratando-se de procedimento que visa à proteção do funcionário público, considerando o risco dele ser alvo de perseguição, bem como a premência do interesse público, mostra-se despicienda a abertura de prazo para defesa prévia em relação ao particular denunciado em coautoria e ao agente que já não mais ostenta a qualidade de funcionário público quando da oferta da incoativa.

Quanto ao tema, o seguinte julgado desta Quinta Turma:

"*HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADO PORQUE TERIA PRATICADO OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 (POR QUATRO VEZES) E 333, COMBINADOS COM O ARTIGO 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL; NOS ARTIGOS 90, 94 E 95 (ESTE ÚLTIMO POR TRÊS VEZES), DA LEI 8.666/1993, COMBINADOS COM O ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL, E NO ARTIGO 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL, TODOS COMBINADOS COM O ARTIGO 69 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE PREFEITO NOS CRIMES. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE ORIGEM EM FACE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL CONTRA O PREFEITO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Na hipótese vertente, verifica-se que sequer houve o oferecimento de denúncia contra o Prefeito do Município de Sertãozinho, autoridade detentora do foro por prerrogativa de função.

2. Assim, ainda que existam indícios da participação do chefe do Executivo municipal nos delitos em apuração, como inexiste acusação formal contra ele, não há como deslocar a competência da 3ª Vara de Sertãozinho para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3. Em sendo iniciada ação penal contra a referida autoridade, aí sim se poderá discutir a necessidade de um único processo perante a Corte bandeirante, pois somente então poderá se falar em foro por prerrogativa de função.

NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACIENTE QUE NÃO OSTENTA A QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA 330 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A notificação do acusado para apresentar defesa antes do recebimento da denúncia, prevista no artigo 514 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, somente se aplica ao funcionário público, não se estendendo ao particular que seja coautor ou partícipe. Precedentes.

2. Ainda que assim não fosse, no caso concreto a ação penal foi precedida de inquérito policial, pelo que incide o entendimento consagrado na Súmula 330 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual 'é desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.'

[...]

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido, denegando-se ordem, e concessão de ofício do *writ* apenas para cassar a decisão que determinou o indiciamento do paciente."

(HC 78.984/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010, grifou-se).

Nos termos do entendimento consolidado 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.

Na hipótese sob apreço, narra a denúncia:

"Note-se, ainda, que o Instituto Brasileiro de Aperfeiçoamento Empresarial e Profissional - IBRAPE, no qual os denunciados Ubiratan da Silva Vale e Antônio Idelgardo Gomes de Alencar prestavam serviços, além de prestar assessoria jurídica à Prefeitura de Amapá/AP, era o responsável por confeccionar e publicar o edital de licitação, bem como cadastrar as empresas. Ademais, quando da abertura da Tomada de Preços n. 0003/2001, em que ficou constatado que a empresa não tinha fornecido toda a documentação solicitada, foi a assessoria jurídica, composta pelos mesmos denunciados responsáveis pelo cadastramento da empresa, que deliberou pela suspensão do processo pelo prazo de 8 dias úteis, a fim de que fosse providenciada a documentação.

Além disso, o denunciado Jânio Ubirajara Teixeira da Silva, foi o responsável pela emissão da certidão de cadastro de fornecedor apresentada pela Empresa Almar Construções LTDA, bem como era o presidente da comissão permanente de licitação. Na Ata de Abertura e Julgamento da Tomada de Preços, de fls. 155, ficou consignado que no momento da abertura do envelope com os documentos de habilitação, constava somente a certidão emitida pela Secretaria Municipal de Administração e Finanças, e que, diante de 'inusitada' circunstância o presidente da CPL/PMA, orientado pela assessoria jurídica, resolveu suspender a reunião, marcando novo dia para que a empresa apresentasse a documentação.

No edital do procedimento licitatório, item 1.10.2, havia a previsão de que a certidão de comprovação de cadastro expedida pela prefeitura poderia ser utilizada em substituição da documentação exigida no Capítulo II, item 1 a 4, devendo ser comprovada a sua regularidade, sem a necessidade de abertura de prazo para a apresentação dos documentos. A regularidade da empresa deveria ser aferida no momento da expedição da certidão pela prefeitura, a qual foi emitida por Jânio, Ubirajara Teixeira da Silva, que posteriormente presidiu a comissão de licitação. Não sendo constatada a regularidade a empresa deveria ter sido impedida de participar do processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

licitatório.

Observe-se que, da forma como a licitação ocorreu, houve o intuito de beneficiar a empresa vencedora, pois as pessoas envolvidas na elaboração do edital e concessão de documentos para a habilitação da empresa foram as mesmas que julgaram a proposta, de forma que resta evidente que houve direcionamento da licitação para a Almar Construções LTDA.

Entretanto, tendo em vista que a pena máxima cominada ao tipo criminal do art. 90. da Lei 8.666/93 é de 4 anos, a prescrição ocorreria em 8 anos, ou seja, em 2009.

Conforme observado na Tomada de Contas Especial, o ex-prefeito de Amapá/AP não logrou êxito em comprovar os gastos realizados com os recursos federais recebidos pela prefeitura, a demonstrar que houve o desvio de dinheiro público.

Observe-se que, a partir da conduta de fraudar a licitude do processo licitatório, os demais acusados concorreram para a ocorrência de desvio de dinheiro público oriundo de repasse do Ministério da Saúde para o Município de Amapá/AP, para a construção de uma unidade de saúde, o que resta comprovado diante da ausência de prestação de contas" (e-STJ, fls. 108-109).

Como cediço, a alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/10/2015).

Na hipótese em apreço, a denúncia não preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, pois não descreve adequadamente a conduta atribuída ao ora paciente, não lhe permitindo rechaçar os fundamentos acusatórios.

Com efeito, o art. 312 do Código Penal preleciona que:

"Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa".

Em verdade, verifica-se ter sido instaurado inquérito para a apuração de crimes de peculato, de falsidade ideológica, de uso de documento falso e de emprego irregular de verbas federais destinadas à construção de unidade de saúde e de aquisição de equipamentos e materiais praticados pelo ex-prefeito do Município de Amapá e na prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado do Amapá. Ainda, no curso das investigações foram observadas supostas irregularidades no procedimento licitatório para a construção da referida unidade de saúde, que apontariam suposto beneficiamento da empresa Almar Construtora Ltda.

Na sequência, foi ofertada denúncia perante a Justiça Federal do Estado do Amapá, na qual é imputada ao ex-prefeito a prática do crime de peculato, porquanto não comprovou a destinação e a aplicação das verbas federais, em concurso com os servidores e prestadores de serviços responsáveis pela tomada de preços, além de falsificação de documento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e de uso de documento falso, na ocasião da prestação de contas ao Tribunal de Contas estadual.

Deveras, a participação do réu em suposto crime de peculato não restou descrita na incoativa, pois não foi deduzida de que maneira teria ele concorrido para a apropriação de valores pelo agente público, tendo sido tão somente afirmado que o paciente agiu com intuito de beneficiar a empresa vencedora da licitação. Em verdade, eventual comportamento ilícito do réu poderia configurar, no máximo, conduta descrita na Lei n. 8.666/1993, consistente em fraude durante procedimento de tomada de preços na qual prestou assistência jurídica.

Como cediço, o acusado não se defende da qualificação jurídica dada pelo órgão acusatório aos fatos, da qual decorre que eventual erro na adequação típica da conduta não configura, *de per si*, inépcia da denúncia. Entrementes, não se admite que o órgão acusatório, ao proceder ao juízo de subsunção, deixe de imputar ao agente a prática do crime correspondente à conduta por ele perpetrada, optando por atribuir a prática de delito mais grave, com maior apenamento e, por consectário, de prazo prescricional mais longo. Deveras, o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 90 da Lei n. 8.999/1993 prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, mais multa, prescrevendo a pretensão punitiva antes do trânsito em julgado da sentença em 8 (oito) anos. Lado outro, no tocante ao delito de peculato, o Código Penal estabelece pena *in abstracto* de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, mais multa, prescrevendo, pois, em 16 (dezesseis) anos. Na hipótese, a própria denúncia afirma que a pretensão punitiva referente ao crime de licitação estaria prescrita desde 2009, tendo concluído pela imputação, a todos os réus, da prática do delito de peculato.

Além disso, conforme preleciona o art. 13 do Código Penal, "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa". Ainda, nos moldes do *caput* do art. 29 do mesmo diploma legal, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade". *In concreto*, olvidou-se a peça acusatória de descrever o nexo causal entre a conduta imputada ao réu e o resultado delitivo, que seria a malversação de valores oriundos de convênio firmando entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura de Amapá/AP, pois, repita-se, a conduta do réu está inserida, exclusivamente, no contexto da tomada de preços e de suposto favorecimento a licitante. Mesmo que se admita que o gestor público tenha se utilizado de procedimento licitatório fraudulento para a prática do desvio de verbas, o liame entre a conduta do réu e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma legal alegadamente violada, qual seja, o art. 312 do CP, não restou satisfatoriamente declinado na denúncia.

De mais a mais, o art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 admite que, "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo". Assim, em princípio, ao ter opinado pela abertura de prazo para apresentação dos documentos faltantes, que geraram a inabilitação da empresa, o acusado não praticou conduta ilícita, tendo agido em conformidade com o texto legal.

Forçoso destacar, por derradeiro, que mesmo que a conduta do ex-prefeito possa configurar a prática do tipo penal descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, em atendimento ao princípio da especialidade, considerando o intervalo de apenamento estabelecido para tal crime, a prescrição da pretensão punitiva somente seria alcançada em 16 (dezesseis) anos, prazo idêntico ao estabelecido para o crime de peculato. Assim, eventual erro na tipificação, por não implicar elastério do prazo prescricional, não denota ausência de justa causa para persecução penal pela extinção da punibilidade em relação a todos os réus, devendo ser apenas reconhecida a inépcia formal da peça acusatória no tocante ao ora paciente.

Ante o exposto, não conheço do *writ*, mas concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de trancar a Ação Penal 0002273-42.2013.4.01.3100, em curso na 4ª Vara Federal da Seção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciária do Amapá, em relação ao paciente Antonio Ildegardo Gomes de Alencar, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 de CPP e observados os prazos prescricionais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0227221-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 369.182 / AP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00604857320154010000 01482009 22734220134013100 33182001 604857320154010000

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABRICIO DE OLIVEIRA CAMPOS GIORI E OUTRO
ADVOGADO	: FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS E OUTRO(S) - ES010328
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE	: ANTONIO ILDEGARDO GOMES DE ALENCAR
CORRÉU	: JANIO UBIRAJARA TEIXEIRA DA SILVA
CORRÉU	: MANOEL MARTINS FARIAS
CORRÉU	: RILDO ALAOR TEIXEIRA DA SILVA
CORRÉU	: UBIRATAN DA SILVA VALE
CORRÉU	: VANDERLEY DE MORAIS PONTES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DRA. CONCEIÇÃO APARECIDA GIORI (P/PACTE)

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.