



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 404.197 - SP (2017/0145071-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : PAULO SERGIO DOS SANTOS
ADVOGADOS : ANTÔNIO CELSO GALDINO FRAGA - SP131677
IVAN GABRIEL ARAÚJO DE SOUZA - SP358105
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 96, I, IV E V, DA LEI N. 8.666/93. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO VERIFICADA DE PLANO. CONTRATO QUE CONTEMPLA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO E A AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM ÚNICO CERTAME. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano e inequívoca, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que não se verifica nos presentes autos.
2. Não há como reconhecer a atipicidade da conduta de plano, haja vista ser inviável afirmar que o objeto da Concorrência n. 001/03 tratou apenas de aquisição de serviços, bem como porque entender pela inaptidão do referido contrato para comprovar a prática delitiva é tese que se relaciona diretamente com o mérito da acusação, questões fáticas que deverão ser dirimidas durante a instrução processual.
3. Ademais, sempre possível seria a *emendatio libelli* para enquadrar os fatos no crime do art. 90 da mesma lei.
4. Agravo regimental improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 404.197 - SP (2017/0145071-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : PAULO SERGIO DOS SANTOS
ADVOGADOS : ANTÔNIO CELSO GALDINO FRAGA - SP131677
IVAN GABRIEL ARAÚJO DE SOUZA - SP358105
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por PAULO SERGIO DOS SANTOS contra decisão denegatória de *habeas corpus* que objetivava o parcial trancamento da ação penal nº 0001897-03.2015.4.03.6181.

Reitera, nas razões recursais, ausência de justa causa para a persecução penal por atipicidade da conduta no que atine à imputação do crime tipificado no art. 96, I, IV e V, da Lei de Licitações, ao argumento de que o objeto da Concorrência n. 1/03 foi a contratação de serviços e não aquisição ou venda de bens e mercadorias como previsto no tipo penal.

Afirma, ainda, que *A circunstância de o edital da Concorrência Pública nº 1/2003-S ter previsto o fornecimento de medicamentos e de materiais médicos, odontológicos e hospitalares, não alterou, em nada, a ordem natural das coisas: tal contrato continua sendo de prestação de serviços, pois o regime por empreitada global pressupõe a utilização de bens para a consecução do seu objeto* (fl. 376).

Requer, por isso, a retratação da decisão ou a submissão do recurso à Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 404.197 - SP (2017/0145071-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consoante relatado, o agravante pretende seja reconhecida ausência de justa causa para a persecução penal por atipicidade da conduta no que atine à imputação do crime tipificado no art. 96, I, IV e V, da Lei de Licitações, ao argumento de que o objeto da Concorrência n. 1/03 foi a contratação de serviços e não aquisição ou venda de bens e mercadorias como previsto no tipo penal.

No que concerne à tese de ausência de justa causa para a ação penal o Tribunal Regional da 3ª Região assim consignou (fls. 48-50):

De acordo com a denúncia (fls. 564/666 dos autos principais), todos os acusados teriam atuado de forma conjunta no sentido de viabilizar o cometimento de fraude processo licitatório relativo à Concorrência nº 001/03 e ao Pregão nº 02/2008, que tinham por objetivo o abastecimento e operacionalização dos processos de logística de armazenamento, distribuição e na dispensa de medicamentos e de materiais médicos, odontológicos e hospitalares.

A empresa HOME CARE, por meio de seus representantes RENATO Pereira Júnior (sócio Diretor) e RICARDO Passos (representante comercial da empresa em Cotia e gestor do contrato firmado com o Município) montou associação com JOAQUIM H Pedro Neto, ex-prefeito de Cotia e ora paciente e FÁBIO César Cardoso de Mello, ex-secretário de saúde de Cotia, um esquema para desfalcar milhões de reais dos cofres da municipalidade e que o suposto esquema consistia em se cooptar servidores públicos para realizar licitações fraudulentas, direcionando o certame para a empresa HOME CARE, com preços de produtos superfaturados.

Segundo a acusação, para a efetivação da fraude, duas grandes irregularidades foram praticadas no edital de licitação: objeto contratual incomum e desnecessariamente amplo, o que teria permitido apenas a HOME CARE participar da concorrência de 2003 e no Pregão de 2008, sendo que as duas empresas que participaram do processo licitatório (ENFERMED e VELOX) firmaram concluiu para que a própria HOME CARE saísse vencedora em 26/08/2003, com evidente restrição à competitividade e prejuízo à economicidade.

Segundo se observa da denúncia, com a instrução do inquérito policial, foi possível constatar que foram criadas empresas de fachada para cotação de preços, como a ENFERMED, em que figurava como sócia a mãe de RENATO, diretor da HOME CARE e a empresa VELOX, cujo sócio era o motorista de RENATO. A empresa ACR Medical, por sua vez, onde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trabalhava a irmã de RENATO, forneceu cotação falsa, conforme apurado. Os valores ofertados por essas empresas foram produzidos com a multiplicação de preços lançados pela empresa HOME CARE por determinado fator.

O paciente PAULO SÉRGIO, por sua vez, na qualidade de responsável pelo Almoxarifado de medicamentos, mesmo sabendo que a empresa não cumpria adequadamente o contrato, subscreveu, como membro da Comissão de Acompanhamento do contrato firmado com a empresa Home Care, relatório atestando a qualidade dos serviços prestados.

Os impetrantes, contudo, alegam que a Concorrência 001/03 versa sobre aquisição de serviços, vez que no Edital constou como objeto a "Contratação de empresa especializada no Gerenciamento. Operacionalização e Abastecimento dos Setores de Suprimentos de Almoxarifado e Farmácia da Secretaria Municipal de Saúde". O delito tipificado no art. 96 da lei nº 8.666/93, entretanto, faz referência tão somente a bens e mercadorias ("fraudar em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente").

Há de salientar que o Ministério Público Federal afirma, em sua denúncia, que o objeto do certame era convenientemente atípico, já que de uma forma ampla licitou tanto a compra de mercadorias como a prestação de serviços para gerenciar, operacionalizar e abastecer os Setores de Suprimentos de Almoxarifado e Farmácia da Secretaria Municipal de Saúde de Cotia, em um único certame, o que reduziu a competitividade, vez que não há empresas no mercado que prestam esse conjunto de serviços, conforme pesquisa realizada pela Corte de Contas (fl. 57).

No que pese constar no objeto do Edital apenas a aquisição de serviços, e de se notar que a empresa HOME CARE forneceu diversos medicamentos em razão do contrato, os quais, aliás, foram adquiridos pela Prefeitura em quantitativos superiores ao previsto no Edital, sendo que houve a supressão de vários outros produtos, conforme denúncia (fls 71/72).

Observa-se, assim, que não há como se afirmar, com certeza, que o objeto da Concorrência objeto da 001/03 tratou apenas de aquisição de serviços, sendo que tal matéria deve ser discutida nos autos, tendo em vista impossibilidade de dilação probatória no âmbito do habeas corpus.

O habeas corpus, por constituir ação de rito célere, demandar prova pré-constituída e dotada de absoluta certeza, apenas sera instrumento para trancamento da ação penal, quando excepcionalmente, se manifestarem de forma clara e evidente a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, não sendo essa a hipótese dos autos.

No caso em comento, não restou demonstrada qualquer ilegalidade patente na decisão que recebeu a denúncia, tampouco naquela que indeferiu pedido de absolvição sumária, porque o juiz, diante dos elementos probatórios acostados aos autos, entendeu que a discussão ventilada pela defesa necessitava de instrução, razão pela qual seria melhor apreciada no decorrer da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação penal.

A decisão agravada afastou a ausência de justa causa aos seguintes fundamentos (fls. 352-355):

Extraí-se da inicial acusatória que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 96, I, IV, V, da Lei nº 8.666/90, dentre outros delitos da mesma lei, porque Na qualidade de responsável pelo Almojarifado de medicamentos: 1. Mesmo sabendo que a empresa não cumpria adequadamente o contrato, subscreveu, como membro da Comissão de Acompanhamento do contrato firmado com a empresa Home Care, relatório atestando a qualidade dos serviços prestados (fl.1230 e fl. 1277) (fl. 128).

O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano e inequívoca, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que não se verifica nos presentes autos.

Vale destacar que a tese relativa à inaptidão do contrato administrativo celebrado nos autos da Concorrência Pública nº 1/2003 para comprovar a prática delitiva, se relaciona diretamente com o mérito da acusação, demandando, para sua análise, revolvimento fático-probatório, providência sabidamente incabível na via eleita.

É nesse sentido a jurisprudência desta Corte, de que digressões sobre a justa causa para a ação penal, imiscuindo-se no exame das teses de fragilidade probatória e de ausência de indícios de autoria e materialidade, demandam inexoravelmente revolvimento de matéria fático-probatória, não condizente com a via angusta do recurso ordinário em habeas corpus, devendo, pois, ser avaliada a quaestio pelo Juízo a quo por ocasião da prolação da sentença, após a devida e regular instrução criminal, sob o crivo do contraditório (RHC 56.155/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017).

*Ademais, consoante ressaltado no acórdão combatido especificamente quanto à alegação de que a Concorrência 001/03 versa sobre aquisição de serviços e não bens e mercadorias, conforme previsto no art. 96 da Lei 8.666/93, a inicial acusatória bem esclarece que **o objeto do certame era convenientemente atípico**, já que **de uma forma ampla licitou tanto a compra de mercadorias como a prestação de serviços** para gerenciar, operacionalizar e abastecer os Setores de Suprimentos de Almojarifado e Farmácia da Secretaria Municipal de Saúde de Cotia, **em um único certame**, o que reduziu a competitividade, vez que não há empresas no mercado que prestam esse conjunto de serviços, conforme pesquisa realizada pela Corte de Contas (fl. 42), de modo que não há como se concluir que o objeto da Concorrência ora em discussão dispôs somente da aquisição de serviços, nos termos do alegado.*

Por fim, tem-se que no que se refere ao argumento de que houve errônea qualificação jurídica, entende esta Corte Superior que A adequação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

típica da conduta imputada na denúncia deve ser feita apenas na ocasião da sentença, momento em que o Magistrado poderá proceder à emendatio ou à mutatio libelli. Dessa forma, não há se falar, como regra, em análise da adequação típica por ocasião do recebimento da denúncia. (HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017).

Como se vê, ainda que o objeto principal do contrato administrativo tenha sido a aquisição de serviços, ao que consta da peça acusatória houve também a previsão do fornecimento de mercadorias, no caso, medicamentos, os quais foram adquiridos em quantidades superiores ao previsto no edital, sendo suprimidos vários outros produtos.

Constou ainda que o agravante na qualidade de responsável pelo almoxarifado de medicamentos subscreveu, como membro da comissão de acompanhamento do contrato firmado com a empresa Home Care, relatório atestando a qualidade dos serviços prestados.

Ao que se denota dos autos houve a contratação de serviço e a aquisição de mercadorias em um mesmo contrato. Por tudo isso, persiste a coerência no dizer da inicial acusatória de ***que o objeto do certame era convenientemente atípico, já que de uma forma ampla licitou tanto a compra de mercadorias como a prestação de serviços para gerenciar, operacionalizar e abastecer os Setores de Suprimentos de Almoxarifado e Farmácia da Secretaria Municipal de Saúde de Cotia, em um único certame*** (fl. 42).

Desse modo, reitera-se que não há como reconhecer a atipicidade da conduta de plano, haja vista ser inviável afirmar que o objeto da Concorrência n. 001/03 tratou apenas de aquisição de serviços, bem como porque entender pela inaptidão do referido contrato para comprovar a prática delitiva é tese que se relaciona diretamente com o mérito da acusação, questões fáticas que deverão ser dirimidas durante a instrução processual.

Ademais, restaria de todo modo como possível a *emendatio libelli* para enquadrar o crime no art. 90 da mesma lei.

Assim, considerando que o agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0145071-6

AgRg no
HC 404.197 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018970320154030000 00018970320154036181 00019580620174030000 10123989154
18970320154030000 18970320154036181 19580620174030000 201703000019584

EM MESA

JULGADO: 04/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOAO MARCOS VILELA LEITE E OUTRO
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CELSO GALDINO FRAGA - SP131677 IVAN GABRIEL ARAÚJO DE SOUZA - SP358105 JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: PAULO SERGIO DOS SANTOS
CORRÉU	: FABIO CESAR CARDOSO DE MELLO
CORRÉU	: MARCOS AGOSTINHO PAIOLI CARDOSO
CORRÉU	: RENATO PEREIRA JUNIOR
CORRÉU	: RICARDO ALVES DOS PASSOS
CORRÉU	: JOAQUIM HORACIO PEDROSO NETO
CORRÉU	: ADELNICE RODRIGUES DOS SANTOS
CORRÉU	: RENATO DELGADO GARCIA
CORRÉU	: EUDES JOSE ALECRIM
CORRÉU	: ERIK BRANCO CUBERO
CORRÉU	: MAURICIO DO NASCIMENTO SILVA
CORRÉU	: ENEIDE SOUZA ALECRIM

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: PAULO SERGIO DOS SANTOS
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CELSO GALDINO FRAGA - SP131677 IVAN GABRIEL ARAÚJO DE SOUZA - SP358105 JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
AGRAVADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

CERTIDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.