HABEAS CORPUS Nº 504.162 - SP (2019/0105027-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	FABIO DA COSTA VILAR
ADVOGADO	:	FÁBIO DA COSTA VILAR - MG110753
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL SGANZERLA DURAND

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RAFAEL SGANZERLA DURAND, apontando como autoridade coatora a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 0009057-52.2017.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 89, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, tendo a peça vestibular sido recebida pela Corte Estadual.

Sustenta o impetrante que não haveria justa causa para a persecução criminal, uma vez que estariam presentes os requisitos necessários para a contratação por inexigibilidade de licitação, não havendo que se falar, assim, na prática de qualquer ilícito penal.

Requer, liminarmente, o sobrestamento da ação penal originária, e, no mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja trancada.

É o relatório.

Segundo consta da exordial, a corré Edimara Urel celebrou, em nome do Município de Salto/SP, contrato com a empresa Nelson Wilians & Advogados Associados, da qual o paciente é sócio, tendo como objeto a prestação de serviços jurídicos especializados visando à recuperação de contribuições previdenciárias sobre verbas de natureza indenizatória (e-STJ fl. 29).

Ocorre que a contratação em questão se deu com base em procedimento de dispensa de licitação homologado pelo corréu e Prefeito Municipal José Geraldo Garcia, julgado irregular pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (e-STJ fl. 30).

Dentre as irregularidades enumeradas pela Corte de Contas, destacam-se a não excepcionalidade do objeto do contrato e o seu preço (e-STJ fl. 31).

O órgão ministerial salientou que no caso dos serviços prestados pelo escritório Nelson Wilians & Advogados Associados, a competição não era inviável, pois, assim como os próprios servidores públicos, outros advogados e sociedades poderiam prestá-los (e-STJ fl. 32).

Afirmou que a elaboração de compensações de contribuições previdenciárias não pode ser considerada situação excepcional ou extraordinária, por se tratar de atividade cotidiana dos empregadores do país, acrescentando que eventuais divergências jurídicas sobre a matéria tributária também não são incomuns, não se evidenciando complexidade tamanha a ponto de excluir a atuação da maior parte dos profissionais da advocacia (e-STJ fl. 33).

Destacou que antes de declarar a ilegalidade do contrato em análise, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já tinha se manifestado, em pelo menos duas ocasiões, pela impossibilidade de terceirização de serviços de assessoria jurídica e administrativa no sentido de recuperar valores pagos indevidamente ao INSS (e-STJ fl.

33).

Quanto ao preço, esclareceu que o valor do contrato foi estimado inicialmente em R$ 2.563.389,80 (dois milhões, quinhentos e sessenta e três mil, trezentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), mas, efetivamente, sob a administração do corréu José Geraldo Garcia, o Município pagou ao escritório de advocacia o total de R$ 2.425.526,70 (dois milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, quinhentos e vinte e seis reais e setenta centavos) (e-STJ fl. 35).

Consignou que o Tribunal de Contas ressaltou que não há nos autos qualquer justificativa para o valor pago à empresa Nelson Wilians, que corresponde a 90 (noventa) vezes o teto remuneratório do serviço público vigente à época, sublinhando que para ingressar com dois mandados de segurança comezinhos o escritório em questão recebeu o equivalente a 7 (sete) anos e meio de trabalho de um Ministro do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 35).

Advertiu que as compensações tributárias levadas a efeito pelo município com base nas recomendações do paciente e de outro corréu estavam maculadas por diversos vícios, resultando em pagamentos astronômicos e ilegais à empresa Nelson Wilians.

Frisou que o paciente e o corréu Nelson foram os responsáveis pelo envio de proposta de prestação de serviços por inexigibilidade de licitação ao Município de Salto/SP, o que fizeram acompanhar, inclusive, de nota técnica atestado a possibilidade de contratação direta mediante dispensa de licitação, apresentando, ainda, parecer teratológico recomendando a compensação ilegal de mais de R$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), resultando em pagamento ilegal, injustificado e desarrazoado a empresa deles no valor de R$ 2.425.526,70 (dois milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, quinhentos e vinte e seis reais e setenta centavos) (e-STJ fl. 45).

Feitos tais esclarecimentos, sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência pátria o entendimento de que para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

> *"No **habeas corpus**, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita" (Manual de processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 394).*

Por oportuno, conveniente registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, a qual somente deve ser repelida quando não houver prova da existência de crime ou de indícios de sua participação no evento criminoso noticiado ou, ainda, quando se estiver diante de flagrante causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade ou se encontrar extinta a punibilidade.

E como o remédio constitucional não é o instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos, não há como se valorar os elementos de convicção até então colacionados, como pretende agora a defesa, para perquirir se estariam presentes os requisitos necessários para a contratação do escritório do paciente por inexigibilidade de licitação.

Com efeito, para debate dessa natureza reserva-se ao réu o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela que pode ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do *writ*.

Portanto, qualquer conclusão diversa, na via eleita, consoante vem decidindo esta colenda Turma, inevitavelmente levaria à vedada análise de provas em sede de *habeas corpus.*

Nessa esteira:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUPOSTOS CRIMES DE PECULATO E DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. PEDIDOS DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL E DE INCOMPETÊNCIA FEDERAL. (...) ALEGAÇÕES NÃO DEMONSTRADAS MEDIANTE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EVENTUAIS IRREGULARIDADES DO INQUÉRITO NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *II - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o trancamento do inquérito policial ou da ação penal só é possível na via do habeas corpus ou do recurso ordinário quando restar demonstrado, de modo inequívoco e sem necessidade de dilação probatória, a inépcia da exordial acusatória (na hipótese de denúncia recebida), a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova da materialidade. Precedentes.*
>
> ***III - Ausente abuso de poder, ilegalidade flagrante ou teratologia, o exame da atipicidade, da existência de materialidade delitiva mínima ou de indícios de autoria demanda amplo e aprofundado revolvimento fático-probatório, incompatível com a via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória, reservando-se a sua discussão ao âmbito da instrução processual. Precedentes.***
>
> *(...)*
>
> *Preliminar de incompetência rejeitada. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.*
>
> *(RHC 91.218/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019)*

No mesmo diapasão:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE ILEGAL DE LICITAÇÃO E DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993 E 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/1967, C/C O ART. 70 DO CP). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. DENÚNCIA EM CONFORMIDADE COM O COMANDO PROCESSUAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIOS ASSEGURADOS. RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. (...)WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.*
>
> ***2. Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade de encerramento prematuro da persecução penal nos casos em que a denúncia se mostrar inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, o que, de todo modo, não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.***
>
> *3. No caso em comento, após análise detida dos autos, mormente da atenta leitura da inicial acusatória, e na esteira das conclusões da Corte a quo, tem-se que a denúncia ofertada pelo Parquet local, faz a devida qualificação do acusado, descreve, a partir de farta documentação probatória, de forma objetiva e suficiente as condutas criminosas perpetradas, em tese, pelo suposto agente, prefeito municipal, à época, do Município de Eunapólis/BA, em associação ao Secretário de Infraestrutura e Serviços Públicos e diversos empresários empreiteiros (atos lesivos ao erário realizados nos exercícios financeiros de 2005 a 2007 consubstanciados em pagamentos no aporte de R$ 1.887.369,00 (um milhão, oitocentos e oitenta e sete mil, trezentos e sessenta e nove reais) por serviços de infraestrutura que não foram realizados ou superfaturados, através de contratos licitatórios e dispensa de licitação ilegais), assim como as circunstâncias dos respectivos cometimentos, demostrando indícios suficientes de autoria, prova da materialidade e a existência de nexo causal e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, outrossim, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.*
>
> ***4. Considerando a demonstração da existência de materialidade***

> ***delitiva e indícios de autoria, a alegação de ausência de justa causa para a ação penal, somente deverá ser debatida durante a instrução processual, pelo Juízo competente para o julgamento da causa, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.***
> *(...)*
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 261.149/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 02/10/2018)*

Assim, não há que se falar em falta de justa causa para a persecução criminal, pois de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a medida excepcional por esta via, já que tal conclusão dependeria, repita-se, de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 16 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator