

14/12/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.725 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
PACTE.(S) : ELEUZA TEREZINHA MANZONI DOS SANTOS
LORES
IMPTE.(S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO, FRAUDE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DEBITADA À PACIENTE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A REGULARIDADE OU IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DE OBRAS EM AEROPORTOS BRASILEIROS. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. ORDEM DENEGADA.

1. A se tomar por modelo o inquérito policial que se lê no capítulo constitucional devotado à Segurança Pública (Capítulo III do Título V), o que se tem é um mecanismo voltado para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Mecanismo integrante do sistema de segurança pública, normada pela Magna Carta de 1988 como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, cabeça). Donde o cuidadoso juízo de ponderação que deve fazer o magistrado para concluir pela necessidade de suspensão, ou, mais sério ainda, de trancamento de inquérito para fins penais.

2. Nessa linha de orientação, trancamento de inquérito policial pela via do *habeas corpus*, segundo pacífica jurisprudência desta Casa de Justiça, constitui medida excepcional, admissível tão-somente “quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade,

HC 103.725 / DF

seja ainda pela atipicidade da conduta do investigado” (HC 90.580, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski).

3. Eventual decisão do Tribunal de Contas da União sobre as contas da Administração não constitui condição de punibilidade dos crimes da Lei 8.666/1993. A relação entre a esfera de contas e a esfera judicial-penal é de independência. Essas instâncias são independentes ou autônomas, não ficando condicionadas a abertura do inquérito nem a propositura da denúncia à conclusão de um eventual processo de julgamentos de contas em qualquer Tribunal de Contas do País, inclusive o TCU.

4. Os Tribunais de Contas não se destinam especificamente a velar pelo princípio do sistema penal eficaz, mas à função que a própria Lei Maior do País designa por “controle externo”. A previsão constitucional desse aparato orgânico-funcional de controle externo não tem outro objetivo imediato senão o de evitar o desgoverno e a *desadministração*. Controle externo em que avulta o poder-dever de *“julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”* e de *“fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”* (incisos II e VI do art. 71 da Constituição Federal). Procedimentos em que se aferem a legalidade, a legitimidade e a economicidade das práticas públicas.

5. A investigação propriamente penal, tão própria da Polícia quanto do Ministério Público, pouco tem a ver com o “Sistema Tribunais de Contas”, porque os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o Poder Legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do Poder Legislativo.

6. Ordem denegada.

HC 103.725 / DF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 14 de dezembro de 2010.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

14/12/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.725 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
PACTE.(S) : **ELEUZA TEREZINHA MANZONI DOS SANTOS**
LORES
IMPTE.(S) : **RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)

Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de rejeição da tese de que decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição objetiva de punibilidade dos delitos tipificados na Lei 8.666/1993. Leia-se a ementa do julgado:

“*HABEAS CORPUS*. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO, FRAUDE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93 E 288 DO CPB. DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE OU CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR, CASSANDO A LIMINAR INICIALMENTE DEFERIDA. PEDIDOS DE EXTENSÃO PREJUDICADOS.

1.Tenho entendido em diferentes oportunidades anteriores que as iniciativas sancionatórias penais que tenham por fundamento a prática de ilícitos potencialmente ocorridos no âmbito administrativo, como nos procedimentos de licitação, aplicação de verbas públicas, improbidade administrativa e/ou malversação de recursos do Erário, devem ter por suporte o

HC 103.725 / DF

pronunciamento do Tribunal de Contas (HC 88.370-RS, DJU 28.10.08), tal qual se dá nos crimes contra a ordem tributária, cuja condição objetiva de punibilidade reside na conclusão administrativa definitiva do ilícito fiscal (RHC 22.300-RJ, DJU 05.05.08).

2. Todavia, resta consolidado nesta Corte Superior e no Pretório Excelso o entendimento de que o fato de o Tribunal de Contas eventualmente aprovar as contas a ele submetidas, não obsta, em princípio, diante da alegada independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução criminal promovida pelo Ministério Público, bem como a correspondente responsabilização dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiros públicos. Precedentes do STJ e do STF.

3. Considerando a missão constitucional desta Corte de uniformizar a Jurisprudência nacional, ressalvo, com o maior respeito, o meu ponto de vista, para acompanhar a orientação jurídica consolidada.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, cassando-se a liminar inicialmente deferida. Pedidos de extensão prejudicados.”

2. Pois bem, os impetrantes insistem na tese de que, nos casos de *“infração penal afeta à concorrência pública, a decisão do TCU constitui-se como condição objetiva de punibilidade”* (fls. 11). O que fazem para postular o trancamento do inquérito policial n. 2008.34.00.001746-0, supervisionado pela 12ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal.

3. Prossigo para anotar que o inquérito a que responde a paciente foi *“instaurado para apurar a suposta existência de desvios de verba pública na Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO – bem como existência de formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, estelionato e peculato, crimes tipificados nos artigos 89, 90, 93 e 96 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), crime tipificado no artigo 4º, da Lei 8.137/90 (Crime contra a ordem econômica) e crimes de improbidade administrativa (sic)”* (trecho extraído das informações prestadas pelo Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária

HC 103.725 / DF

do Distrito Federal no MS 52424-74.2009.4.01.0000/DF).

4. À derradeira, consigno que a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

14/12/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.725 DISTRITO FEDERAL

V O T O**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Consoante relatado, o que se pretende com este *habeas corpus* é trancar inquérito policial, supervisionado pela 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. E o fato é que esse tipo de inquérito é investigação que tem o seu regime jurídico traçado a partir da Constituição Federal mesma. Quero dizer: a se tomar por modelo o inquérito policial que se lê no capítulo constitucional devotado à Segurança Pública (Capítulo III do Título V), o que se tem é um mecanismo voltado para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Logo, mecanismo integrante do sistema de segurança pública, normada pela Magna Carta de 1988 como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, cabeça). O que já desenha o cenário do cuidadoso juízo de ponderação que deve fazer o magistrado para concluir pela necessidade de suspensão, ou, mais grave ainda, de trancamento de inquérito para fins penais.

7. Dito isso, repiso que o inquérito penal a que responde a paciente apura supostos desvios de verba pública na Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Desvios alegadamente perpetrados por empresas responsáveis por reformas em aeroportos brasileiros. E o que dizem os impetrantes? Falam que o Inquérito nº 2008.34.00.001746-0, supervisionado pela 12ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, esquadrinha fato penalmente atípico. Isso porque ausente elemento essencial à caracterização da infração licitatória, a saber: manifestação do TCU sobre a irregularidade do certame em causa.

8. Muito bem. Antes de focadamente examinar a tese da impetração, anoto que o referido inquérito apura a ocorrência de vários crimes. Pelo que, mesmo procedente a pretensão defensiva, o caso não seria de trancamento integral do caderno investigativo.

HC 103.725 / DF

9. Definidas essas premissas de meu voto, avanço para consignar que, como sustentei¹:

“[...] As casas de contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nesta precisa dicção constitucional: 'A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição' (art. 18, caput, **negrito à parte**). E salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inc. IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de tribunais e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional. Muito menos se dotariam de um Ministério Público próprio ou especial.

Esse o pano de fundo para uma proposição complementar: a proposição de que os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. [...] Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em que medida.

[...]

Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do

1 O regime constitucional do Tribunal de Contas. In **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, vol. 44, n. 03, jul/set.2002, p. 13-31

HC 103.725 / DF

princípio republicano. Pois numa República impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a *res pública* e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional.”

10. Com efeito, a previsão constitucional desse aparato orgânico-funcional de controle externo não tem outro objetivo imediato senão o de evitar o desgoverno e a *desadministração*. Controle externo em que avulta o poder-dever de “*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*” e de “*fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município*” (incisos II e VI do art. 71 da Constituição Federal). Procedimentos em que se aferem a legalidade, a legitimidade e a economicidade das práticas públicas.

11. Esse regime constitucional de controle da *res pública* privilegia a probidade administrativa, o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Daí o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, probidade, *in verbis*:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal

HC 103.725 / DF

cabível”.

(§ 4º do art. 37 da CF.)

12. No mesmo tom é que a Constituição trata especificamente da licitação. Leia-se:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

(inciso XXI do art. 37 da CF.)

13. Ainda nessa linha, a Lei 8.666/93 dispõe:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse

HC 103.725 / DF

exame, lhes forem determinadas.”

14. Esse modo particularizado de proteger as despesas públicas não implica, ao reverso do que pretende a impetração, a dependência das esferas penal e administrativa quanto ao controle da licitude de procedimentos licitatórios. Até porque, em boa parte, acertadamente apregoa a Procuradoria-Geral da República:

“[...] considerando que a competência da Corte de Contas se limita à aferição das regularidades formais dos atos que envolvam dinheiro, bens e valores públicos, seu pronunciamento final, quer seja regularidade, ou irregularidade das contas examinadas, não serve como meio de evidenciar os indícios de materialidade dos crimes de fraude no procedimento licitatório e formação de quadrilha, investigados no inquérito policial em referência, inexistindo razões lógicas ou jurídicas para entendê-lo como condição de procedibilidade da persecução criminal.”

15. Não é só: os delitos definidos na Lei 8.666/93 têm como escopo impedir burlas ao fim precípua da licitação (garantir ao Poder Público o melhor produto ou serviço pelo menor preço). Ou seja, têm como finalidade proteger o certame de acordos ou conluíus espúrios, o mais das vezes constitutivos de esquemas operados para lesar interesses e valores públicos. Equivale a dizer: para além de todo conjunto normativo que, administrativamente, regula o processo de contratação com a Administração Pública, a Lei erigiu a moralidade pública, a lisura do certame e o patrimônio estatal como bens jurídicos penalmente relevantes. Isto, repiso, para evitar, em síntese, a frustração do caráter competitivo da licitação.

16. Esse o quadro, eventual manifestação do TCU sobre a regularidade ou irregularidade, por exemplo, de um acréscimo financeiro ao contrato, ou sobre a realização do respectivo objeto não guarda necessária relação com o uso de empresas de fachada, de “laranjas”, de

HC 103.725 / DF

combinações entre os licitantes sobre preços etc. Estou a dizer: no mundo dos fatos, nada obstante a aparência de legalidade, pode o procedimento licitatório ser timbrado por coligações, cumplicidades, enfim, por corrupção *lato sensu*. Ou seja, aquela que é operada nos gabinetes, a portas fechadas, e que faz da coisa pública um loteamento privado. Pelo que, lógico, as condutas em tese constitutivas dos delitos definidos na especial Lei das Licitações vão muito além do controle formal da legalidade da despesa e da economicidade dos contratos, realizado pelos Tribunais de Contas.

17. Acresce que os Tribunais de Contas não se destinam especificamente a velar pelo princípio do sistema penal eficaz, mas à função que a própria Lei Maior do País designa por “controle externo”. A investigação propriamente penal, que é tão própria da Polícia quanto do Ministério Público, pouco tem a ver com o “Sistema Tribunais de Contas”, porque os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o Poder Legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do Poder Legislativo.

18. Nessa ambiência, não vejo como condicionar a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.666/93 à eventual pronunciamento político-administrativo do Tribunal de Contas da União. Motivo pelo qual indefiro a ordem.

19. É como voto.

14/12/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.725 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, eu também, fazendo os elogios necessários à brilhante sustentação oral, acompanho o Relator.

Esclareço que estava aqui, na sala ao lado, ouvindo todo o teor do voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 103.725

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

PACTE.(S) : ELEUZA TEREZINHA MANZONI DOS SANTOS LORES

IMPTE.(S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Falou, pela paciente, o Dr. Renato Stanzola Vieira e, pelo Ministério Público Federal o Dr. Mário José Gisi. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 14.12.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador