

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N° 0040449-78.2012.8.19.0000

IMPETRANTE: DR. SERGIO LUIZ DA SILVA SANTOS (OAB/RJ n°66.567)

IMPETRANTE: DR. CAMILO PLAISANT CARNEIRO (OAB/RJ n°152.395)

PACIENTE: RUY FERREIRA BORBA FILHO

PACIENTE: CARLOS HENRIQUE PINTO GOMES

PACIENTE: FAUSTINO DE JESUS FILHO

PACIENTE: ELIZABETE DE OLIVEIRA BRAGA

PACIENTE: SERGIO EDUARDO BATISTA XAVIER DE PAULA

AUTORIDADE COATORA: JUIZ DE DIREITO DA 1ª. VARA DA COMARCA DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS

(Ação n° 0001234-55.2012.8.19.0078)

RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LEI 8.666/93. PACIENTES QUE EXERCIAM CARGOS NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. DENÚNCIA INICIALMENTE REJEITADA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CABIMENTO.

Denúncia oferecida pelo Ministério Público e rejeitada pelo Juiz “a quo” em decisão fundamentada. Recurso em Sentido Estrito, voltando conclusos à Juíza Auxiliar que reconsiderou a decisão proferida, recebendo a denúncia e determinou o afastamento dos pacientes de suas funções públicas.

Violação ao princípio do juiz natural. Inocorrência. O princípio do juiz natural não justifica que os pacientes tenham que ser julgados necessariamente pela pessoa física do Juiz que inicialmente avaliou a pretensão exordial do Ministério Público. Regularidade da atuação da Juíza Auxiliar que fica desde logo constatada pela sua designação em 01/07/2012, através do Ato n° 265, da Presidência do Tribunal de Justiça deste Estado. Daí porque a decisão que recebeu a denúncia não se mostra formalmente ilegal ou viciada por ofensa aos princípios constitucionais.

Afastamento cautelar dos pacientes perfeitamente permitido, com fulcro no artigo 319, inciso V, do CPP, com a redação da Lei n° 12.403/2011.

Ordem denegada. Unânime.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** nº 0040449-78.2012.8.19.0000, em que são **impetrantes** SERGIO LUIZ DA SILVA SANTOS (OAB/RJ nº66.567) e CAMILO PLAISANT CARNEIRO (OAB/RJ nº152.395) e **pacientes** RUY FERREIRA BORBA FILHO, CARLOS HENRIQUE PINTO GOMES, FAUSTINO DE JESUS FILHO, ELIZABETE DE OLIVEIRA BRAGA e SERGIO EDUARDO BATISTA XAVIER DE PAULA, sendo **autoridade coatora** o JUIZ DE DIREITO DA 1ª. VARA DA COMARCA DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS.

ACORDAM, por **unanimidade**, os Desembargadores que compõem a Egrégia **Terceira Câmara Criminal** deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **em denegar a ordem**, nos termos do voto do Relator.

Custas “*ex lege*”.

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2012.

DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N° 0040449-78.2012.8.19.0000

IMPETRANTE: DR. SERGIO LUIZ DA SILVA SANTOS (OAB/RJ n°66.567)

IMPETRANTE: DR. CAMILO PLAISANT CARNEIRO (OAB/RJ n°152.395)

PACIENTE: RUY FERREIRA BORBA FILHO

PACIENTE: CARLOS HENRIQUE PINTO GOMES

PACIENTE: FAUSTINO DE JESUS FILHO

PACIENTE: ELIZABETE DE OLIVEIRA BRAGA

PACIENTE: SERGIO EDUARDO BATISTA XAVIER DE PAULA

AUTORIDADE COATORA: JUIZ DE DIREITO DA 1ª. VARA DA COMARCA DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS

(Ação n° 0001234-55.2012.8.19.0078)

RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido *Liminar*, impetrado por Sergio Luiz da Silva Santos e Camilo Plaisant Carneiro, ambos advogados, inscritos na OAB/RJ sob o n° 66.567 e n°152.395, *respectivamente*, em favor de **Ruy Ferreira Borba Filho, Carlos Henrique Pinto Gomes, Faustino de Jesus Filho, Elizabete de Oliveira Braga e Sergio Eduardo Batista Xavier de Paula**, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª. Vara da Comarca de Armação dos Búzios.

Alegam que os pacientes foram denunciados porque supostamente teriam cometido o crime tipificado no artigo 90 da Lei n° 8.666/93:

Em período não determinado, sendo certo ter ocorrido entre os dias 11 de março de 2009 e 27 de julho de 2009, na sede da Prefeitura Municipal de Armação dos Búzios

(...) os denunciados, conscientes e voluntariamente e em união de ações e desígnios, frustraram, mediante ajuste, combinação e expediente ilícito, o caráter competitivo do procedimento licitatório "Concorrência n° 02/2009" (...), com o intuito de obterem vantagem, para si e para outrem, decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

(doc.00002-n°2)

Pela suposta prática do referido crime requereu o Ministério Público, além do recebimento da denúncia, a **decretação da suspensão do exercício da função pública dos referidos denunciados**, como forma de evitar a reiteração dos atos praticados.

O douto magistrado, excelentíssimo Juiz de Direito Ricardo Pinheiro Machado decidiu pela rejeição da denúncia, por não descrever de que modo, quais as circunstâncias, qual o expediente utilizado e qual teria sido a vantagem obtida, não individualizando as condutas que supostamente teriam sido praticadas pelos recorridos.

Alegam que, irressignado com a decisão que rejeitou a denúncia, o Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito pugnando pelo recebimento da denúncia, e, paralelamente, intentou Mandado de Segurança, pleiteando o deferimento da medida cautelar requerida na denúncia oferecida, que foi liminarmente indeferido.

Em relação ao **Recurso em Sentido Estrito**, a Juíza auxiliar **reconsiderou a decisão** que rejeitara a denúncia, proferida por outro Juiz, **pela via da retratação resolveu receber a denúncia anteriormente rejeitada, decretar a suspensão do exercício das funções públicas de todos os Denunciados, ora Pacientes**, e proceder com os demais atos pertinentes ao procedimento aplicável ao caso.

Alegam que a decisão proferida pela juíza auxiliar é inexistente, pela falta de assinatura e que houve verdadeiro juízo de exceção, pois a mencionada juíza somente foi designada, por força de um ato administrativo, para atuar como auxiliar após o oferecimento da denúncia e a decisão de rejeição da inicial. Sustentam que houve violação ao art.589 do CPP, segundo o qual o juízo de retratação é exercido em relação ao despacho do juiz que o proferiu.

Postulam, ainda, a tese de falta de justa causa e atipicidade da conduta, por falta da individualização da conduta de cada um dos pacientes e da indicação do dano ao erário, o que torna inepta a denúncia e prejudica o exercício da ampla defesa e do contraditório. Por fim, ressaltam que a decisão que reconsiderou aquela que rejeitou a denúncia não veio devidamente fundamentada.

Desta forma requerem: I- Concessão de liminar initio litis, para fim o decretar a SUSPENSÃO da tramitação do processo até a decisão definitiva, evitando-se assim a realização do interrogatório designado para o dia 27/07/2012,

bem assim de outros atos que serão passíveis de anulação e que causarão, inevitavelmente, constrangimento ilegal aos Pacientes; II- Concessão de liminar para o fim de cassar ou suspender a r. decisão que determinou o afastamento dos cargos e funções públicas dos Pacientes, até decisão definitiva, oficiando-se a Prefeitura Municipal de Armação dos Búzios. III- Qualquer outro medida que se apresente como necessária e oportuna, concedendo a ordem liminarmente ex officio.

NO MÉRITO: A CONCESSÃO da ordem, confirmando a liminar concedida *initio litis*, para o fim de, alternativamente: **a)-** Determinar o trancamento da Ação Penal, por falta de justa causa; **b)-** A DECRETAÇÃO DE NULIDADE da dita decisão que recebeu a denúncia e determinou o afastamento dos Pacientes de suas funções públicas, declarando que o MM Juiz prolator da decisão que rejeitou a denúncia é o único competente para exercer o juízo de confirmação ou retratação no Recurso em Sentido Estrito; **c)-** Determinar a anulação do processo a partir da decisão que reconsiderou a decisão que rejeitou a denúncia, até mesmo em razão da ausência de assinatura; **d)-** Em qualquer hipótese, a decretação de nulidade da decisão que determinou o afastamento dos Pacientes de seus respectivos cargos e funções públicas.

Liminar indeferida (doc.00230).

Informações prestadas pela autoridade coatora (doc.00236).

A Procuradoria Geral de Justiça (doc.00249) é pela denegação da ordem.

É o relatório.

Não cabe razão aos impetrantes.

Os pacientes foram denunciados como incurso nas sanções do delito previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Insta salientar que não se exige, num primeiro momento, a individualização da conduta de cada paciente, visto que se trata de crime de autoria coletiva. O essencial é que a conduta venha narrada com todas as circunstâncias, de modo a permitir a defesa dos pacientes, o que foi atendido no presente caso.

A denúncia descreve o fato típico, bem como a conduta dos pacientes, detentores de cargos na Administração Municipal:

Em período não determinado, sendo certo ter ocorrido entre os dias 11 de março de 2009 e 27 de julho de 2009, na sede da Prefeitura Municipal de Armação dos Búzios, situada na Estrada da Usina, no 600, Centro, nesta Comarca, os denunciados, conscientes e voluntariamente e em união de ações e desígnios, frustraram, mediante ajuste, combinação e expediente ilícito, o caráter competitivo do procedimento licitatório denominado "Concorrência no 02/2009", cujo objeto era a contratação de empresa de engenharia para a execução dos serviços de varrição manual, capina/roçada manual e mecânica, catação e remoção de resíduos sólidos, provenientes das ruas e avenidas setorizadas, pela contratação da empresa Mega Engenharia Ltda., com intuito de obterem vantagem, para si e para outrem, decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Os denunciados, detentores de cargos na Administração Municipal, eram diretamente responsáveis pela elaboração, processamento e conclusão do aludido procedimento licitatório, que foi autuado no âmbito da Administração sob o no 2830/2009, e que culminaria na contratação de empresa do setor privado ao fito de realizar, dentre outros objetos, a varrição e capina dos logradouros da cidade, que fora dividida em 5 (cinco) setores.

(...)

Imperioso salientar que os **denunciados Faustino, Elizabete e Sérgio** compunham a Comissão Permanente de Licitação à época, estando o último na presidência desta, ficando todos, destarte, responsáveis pela regular tramitação do procedimento licitatório, em observância aos ditames legais.

Noutro giro, o **denunciado Ruy Borba**, então Secretário de Planejamento da Administração Municipal, atuou diretamente na prática do crime, na medida em que a comissão licitatória se tratava de órgão diretamente subordinado à Secretaria Municipal de que era titular, sendo que o denunciado, mesmo diante da flagrante irregularidade, determinou também o prosseguimento do feito com a abertura dos envelopes (fl. 204).

Ademais, remetido o procedimento para análise, apreciação e pronunciamento à Secretaria Municipal de Serviços Públicos, o **denunciado Carlos Henriques**, então titular da pasta, homologou a licitação por concorrência no 02/2009, adjudicando o objeto licitado em favor da presa Mega Engenharia Ltda. e autorizando a emissão de empenho no valor total de R\$ 2.338.226,94 (dois milhes, trezentos e trinta e oito mil, duzentos e vinte e seis reais e noventa e quatro centavos).

Inicialmente, cabe salientar que ambas as decisões vieram devidamente fundamentadas. Tanto a que rejeitou a denúncia, como a que a reconsiderou e recebeu.

Outrossim, a decisão proferida por este Desembargador e que indeferiu a liminar já examinou a questão, passando a integrar este voto, como razão de decidir:

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus* buscando a decretação da nulidade da decisão que recebeu a denúncia e determinou o afastamento dos pacientes de suas funções públicas, declarando ainda que o MM. Dr. Juiz de Direito, prolator da decisão que anteriormente rejeitou a denúncia, é o único competente para exercer o juízo de confirmação ou retratação em Recurso em Sentido Estrito e, conseqüentemente, requer a anulação do processo, desde então, e da decisão que determinou o afastamento dos pacientes dos seus respectivos cargos e funções públicas.

Aduz o impetrante, em síntese resumida, que a denúncia oferecida contra os pacientes por infringência do artigo 90 da Lei nº 8.666/93 foi rejeitada pelo excelentíssimo Juiz de Direito Ricardo Pinheiro Machado, pelos fundamentos contidos em decisão ricamente fundamentada, e que, em razão de Recurso em Sentido Estrito, os autos foram remetidos à Juíza Auxiliar Maira Valéria Veiga de Oliveira que reconsiderou a decisão proferida, recebendo a denúncia.

Alega que a decisão não foi assinada e que o juízo de retratação a que alude o artigo 589, *paragrafo único*, do Código de Processo Penal, só pode ser efetuado pelo próprio juiz prolator da decisão que desafiou o recurso, havendo, conseqüentemente, violação ao princípio do juiz natural, ainda mais porque não foi indicada pela juíza auxiliar qualquer dado pertinente a sua designação.

Ingressa no exame da atipicidade da conduta praticada pelos pacientes, insistindo na falta de justa causa para a ação penal e também na ausência de fundamentação da decisão ora increpada.

Pedi liminar no sentido de sustar o interrogatório designado, uma vez que o juiz em exercício, Dr. Ricardo Pinheiro Machado se declarou impedido de realizar qualquer ato instrutório no referido processo, em decorrência da decisão da sua colega.

Examinada a decisão vergastada, percebo que a mesma está também fundamentada, tanto quanto aquela que recebeu a denúncia, e foi assinada digitalmente.

O **Recurso em Sentido Estrito** tramitou adequadamente, havendo inclusive pronunciamento dos ora denunciados, pelo que não houve ofensa ao princípio do contraditório.

Trata-se de questão polêmica a generalidade da denúncia, em se tratando de delitos dessa natureza, e como bem salientou o próprio impetrante:

(...) **As opiniões e convicções dos magistrados são diferentes. Um juiz não necessariamente pensa como seu colega de profissão, como acontece em diversos ramos profissionais, razão pela qual as sentenças ou despachos não necessariamente serão coincidentes, mormente por conta do respeito a independência jurisdicional tanto do magistrado que rejeitou a denúncia, como daquele que exerce o juízo da retratação.**

Só porque a ilustre magistrada pensou diferentemente, não se pode atribuir abuso ou equívoco teratológico na decisão que recebeu a denúncia.

Cumpre examinar, entretanto, se ocorre plausibilidade suficiente no alegado pelos impetrantes, a ponto de vislumbrar-se possível ofensa ao princípio do juízo natural ou nulidade que venha posteriormente a ser reconhecida, por não estar a Juíza que recebeu a denúncia regularmente designada para a Comarca de Armação de Búzios, o que justificaria a suspensão do feito.

Quanto ao segundo fundamento, isto é, a regularidade da atuação da Juíza apontada como autoridade coatora, fica desde logo constatada, pela sua designação em 01/07/2012, através do **Ato nº 265**, de da Presidência do **Tribunal de Justiça** deste Estado, publicado em 29/06/2012 (*informação do setor de Movimentação de Magistrados deste Egrégio Tribunal de Justiça*).

Outrossim, o princípio do juiz natural, com certeza, não justifica que os pacientes tenham que ser julgados necessariamente pela pessoa física do Juiz Ricardo Pinheiro Machado, só porque inicialmente avaliou a pretensão exordial do Ministério Público.

A inicial parece confundir, *data venia*, a chamada **“identidade física do juiz”** com o **“princípio do Juiz natural”**.

O **Juiz natural** é aquele previamente determinado constitucionalmente, e não simplesmente o existente na ocasião do fato (*locus commissivi delicti*), e muito menos aquela pessoa fisicamente determinada que exercia a função jurisdicional na época do crime.

O entendimento encontra-se em **Cintra, Grinover e Dinamarco**:

“Não é essa a situação nos sistema brasileiro, em que as constituições atribuem aos órgãos jurisdicionais às competências de jurisdição funcional e objetiva, sem preocupar-se com a competência de foro regulada pelos códigos. Assim, é acertada a afirmação de que o juiz natural, no ordenamento brasileiro, é o órgão constitucionalmente competente, ou seja, aquele cujo o poder de julgar deriva de fontes constitucionais (v. supra nº 2)”

(As Nulidades no Processo Penal – 6ª edição – RT – pg.47).

Não é outro o entendimento de **Pacelli**:

“O direito brasileiro, adotando o princípio em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz de cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja a competência previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais.

*A razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente”.
(Oliveira, Eugenio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 7ª edição: Del Rey, Belo Horizonte, 2007, pág.25) **grifos nossos.***

Por outro lado, não existe o principio da identidade física do juiz no Código de Processo Penal, ressalvado, naturalmente, o disposto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 11.719/2008, de forma que ao juiz auxiliar é licito atuar e decidir como de direito, mesmo nos procedimentos em que o juiz titular já tenha proferido alguma decisão. **Daí porque a decisão que recebeu a denúncia não se mostra formalmente ilegal ou viciada por ofensa aos princípios constitucionais.**

A esse respeito, bem salientando a competência ampla do juiz auxiliar designado para agilizar o andamento dos feitos, o **Superior Tribunal de Justiça** já espancou qualquer duvida a respeito quanto à possibilidade de atuação de mais de um magistrado na mesma Comarca.

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 132 DO CPC.

O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto.

Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução, ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão.

Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 624779/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2007, DJe 17/11/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

- Ao instituir o regime de "mutirão", por Portaria editada pelo Tribunal de origem, a primeira instância não feriu o princípio do juiz natural. (Ag.624.779/Castro Filho)

(AgRg no REsp 858794/MS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 234)

Por fim, cumpre esclarecer que o indeferimento de liminar no Mandado de Segurança indicado pelos impetrantes, em momento algum reconheceu, de plano, a correção da decisão que rejeitou a denúncia, apenas salientou a impossibilidade de se antecipar a tutela pretendida, em vista da necessidade de assegurar o contraditório e por depender do exame aprofundado da prova, incompatível em sede de liminar, cujo conhecimento é restrito.

O afastamento cautelar dos pacientes é permitido pelo artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 12.403/2011.

(doc.00230)

Diante do exposto, **voto pela denegação da ordem.**

É como voto.

Sessão realizada em 11 de setembro de 2012.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2012.

DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
Relator