

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

“Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, ***“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”***, sendo possível sua responsabilização penal **APENAS SE INDICADAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE O VINCULEM, SUBJETIVAMENTE, AO PROPÓSITO DELITIVO.** [...]

4. Recurso provido para reconhecer a **atipicidade** da conduta perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos. (STJ. RHC nº 46.102, Rel. MINISTRO **ROGERIO SCHIETTI CRUZ** julgado em **26/10/2016**)

Referência: processo nº: **0042629-96.2014.8.19.0000**

PEDRO CORRÊA CANELLAS, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ nº 168.484, com endereço profissional à Avenida Getúlio Vargas nº 221, Sala 311, Centro, Araruama/RJ, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo **5º LXVIII** e **105, I, ‘c’** da Constituição da República e nos artigo **648, I**, e art. **395, III** do Código de Processo Penal, vem impetrar

HABEAS CORPUS

com pedido liminar de **suspensão do processo** e pedido de notificação da data da sessão de julgamento para fazer **sustentação oral**

em favor de **NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO**, brasileiro, solteiro, **advogado**, inscrito na OAB/RJ 66.330, com endereço à Rua John Kennedy, nº 82, Gr 02, bairro Centro, Araruama/RJ; e **HERON ABDON SOUZA**, brasileiro, divorciado, **advogado** e professor, inscrito na OAB/RJ 92.610 no CPF nº 051501027-84, com endereço Rua Salvador, 28, casa 05, Palmeiras, Cabo Frio/RJ, tendo como **AUTORIDADE COATORA** o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4º Grupo de Câmaras Criminais), em razão dos seguintes fatos e fundamentos que pede vênias para expor, em linhas que se seguem.

Sumário: **1.** DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS; **2.** DOS FATOS; **3.** DA DECISÃO COMBATIDA; **4.** FUNDAMENTOS. DA ATÍPICIDADE DA CONDUTA. INVIOABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES DO PARECERISTA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO; **5.** DO PEDIDO LIMINAR; **6.** DO PEDIDO FINAL

1. DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS

O Ministério Público, por seu subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, por ato de delegação do Procurador-Geral de Justiça, ofereceu denúncia em face de **ANDRÉ GRANADO NOGUEIRA DA GAMA** (Prefeito do Município de Armação dos Búzios e ex-secretário Municipal de Saúde), **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO** (ex-prefeito), **RAIMUNDO PEDROSA GALVÃO** (ex-Secretário Municipal de Administração), **NATALINO GOMES DE SOUZA** (Procurador Geral do Município), **HERON ABDON SOUZA** (Consultor Jurídico) e **JOSÉ MARCOS SANTOS PEREIRA** (Presidente do Instituto Nacional de Desenvolvimento de Políticas Públicas), pela prática, em tese, das condutas delitivas descritas no artigo 89, caput, da Lei 8.666/93 (1º informado); artigo 89, caput, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 29 do Código Penal (2º, 3º, 4º e 5º Informados) e 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93 (6º informando). **Anexa a denúncia.**

Por conta de a imputação ter como corréu o **atual prefeito** da cidade de Búzios, e o mesmo detém foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, a competência para apreciar este Habeas Corpus cujo ato coator é a decisão do Tribunal de Justiça que recebe a Denúncia em desfavor dos pacientes é deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, I, 'c, da Constituição Federal.

2. DOS FATOS

Trata-se da Denúncia (anexa) oferecida pelo Ministério Público contra os pacientes, onde se alega a prática do crime do art. 89 da lei 8.666/93, em face de **6 réus**, sendo este Habeas Corpus apenas de **Heron** e **Natalino**, que na época dos fatos ocupavam, respectivamente, os cargos de provimento em comissão de **Consultor Jurídico** e **Procurador-Geral do Município**.

O objeto da ação é a apuração de atos de suposto crime de dispensa irregular de licitação por parte dos réus durante a execução de processo administrativo onde se contratou com dispensa de licitação (artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93), serviços do Instituto Nacional De Desenvolvimento De Políticas Públicas - INPP, cujo objeto era a execução de serviços de gestão, assessoria e controle desenvolvidos pelo Programa Saúde da Família, conforme especificações e demais termos, nas condições e proposta homologada no Processo Administrativo nº 2331/07.

No que tange aos pacientes, a Denúncia se resume a apenas um parágrafo, que abaixo se transcreve:

“Os 4º e 5º denunciados, NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO e HERON ABDON SOUZA, de forma livre e consciente, concorreram eficazmente para o sobredito crime, haja vista que, na qualidade de Consultor Jurídico e Procurador Geral do Município, respectivamente, subscreveram parecer, concluindo pela adequação à lei daquela dispensa da licitação, ato cuja ilegalidade era manifesta, pelas razões acima apresentadas.”

Os pacientes, **HERON ABDON SOUZA** e **NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO**, na qualidade, respectivamente, de Consultor Jurídico e de Procurador-Geral do Município de Armação dos Búzios, **subscreveram parecer concluindo pela legalidade da dispensa de licitação**, fazendo menção expressa sobre a correlação entre o escopo do contrato e o objeto estatutário do INPP, ou seja, conforme constatado, **o Estatuto da empresa fazia menção expressa ao serviço para o qual seria contratado**, o que seria uma das hipóteses autorizativas

da dispensa de licitação, como descreve a redação do artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93.

O juízo *a quo* recebeu a Denúncia em desfavor dos pacientes, alegando **somente** que os mesmos subscreveram parecer opinando pela dispensa da licitação, vejamos:

“Os acusados Natalino e Heron (4º e 5º denunciados), também concorreram de forma eficaz para a dispensa de licitação, pois, na qualidade de consultor jurídico e procurador-geral do município, respectivamente, **subscreveram parecer concluindo pela legalidade da referida dispensa.**” (fls. 8 da Decisão de Recebimento da denúncia – **anexa**)

Os pareceristas atuaram apenas como pareceristas! **Foram denunciados por fazer o seu trabalho!**

Por terem exarado um parecer jurídico (OPINATIVO!!!) nos autos do supracitado processo administrativo, estão sendo acusados de praticar crime de dispensa irregular de licitação.

Senhor Ministro, os acusados **ATUARAM NESTE PROCESSO ADMINISTRATIVO NA FASE INICIAL DE ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE ENTRE O OBJETO DA EMPRESA E A POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO À LEI 8.666 PARA DISPENSA DA LICITAÇÃO!**

E mais, além de ser basearem na farta documentação que comprovava a possibilidade de dispensa da licitação, inúmeros **atestados de capacidade técnica** foram emitidos por outros municípios e apresentados no processo administrativo (**anexos**), dando conta de que a empresa era dotada de expertise e capacidade técnica.

Estabelecidas brevemente as premissas fáticas no que concerne aos Pacientes, passamos a análise dos fundamentos jurídicos aptos a obstar o prosseguimento do procedimento criminal em face dos mesmos, haja vista ser **manifestamente atípica a conduta a eles imputada.**

3. DA DECISÃO COMBATIDA

Após a apresentação da Defesa Preliminar, o Tribunal de Justiça não acatou os fundamentos da Defesa e proferiu a seguinte decisão:

“É o que havia de essencial a relatar. Decido.

No caso em comento, a exordial acusatória imputa aos denunciados a prática, em tese, de dispensa de licitação, bem como inobservância das formalidades necessárias para efetivação da referida dispensa – ausência de justificativa do preço, o que culminou com a contratação direta, em 20/3/2007, do Instituto Nacional de Desenvolvimento de Políticas Públicas – INPP, entidade privada (Contrato nº 26/2007), pela quantia de R\$ 1.733.305,22, conforme proposta homologada no Processo Administrativo nº 2331/07.

Consta também que a contratação em tela teve por escopo a “execução de serviços de gestão, assessoria e controle das atividades desenvolvidas pelo Programa Saúde da Família”. Segundo a peça inicial, os serviços contratados junto à entidade privada tinham como objetivo violar a regra constitucional de ingresso no serviço público mediante concurso público, servindo como “agência de empregos”, tendo intermediado mão de obra para viabilizar que profissionais exercessem atividades típicas da Administração Pública em unidades municipais de saúde. Tais serviços, como bem observado pelo Parquet, não são passíveis de delegação ou transferência a terceiros, estranhos aos quadros da Administração Pública.

Verifica-se, ademais, que as atividades exercidas pelo INPP, constantes de seu estatuto, são incompatíveis com o objeto do contrato celebrado com a municipalidade.

Tem-se, desse modo, que o primeiro denunciado – atual Prefeito do Município de Armação de Búzios e Secretário de Saúde à época dos fatos, na qualidade de ordenador de despesas secundário, em comunhão de ações e desígnios com os demais denunciados, dispensou indevidamente licitação, além de não adotar formalidades pertinentes à dispensa para contratação direta do INPP.

O segundo denunciado – Antônio Carlos Pereira da Cunha Coutinho, na condição de Prefeito e ordenador de despesas ordinárias, concorreu de forma eficaz para a realização da referida dispensa, autorizando, nos autos do procedimento administrativo nº 2331/07, a contratação mencionada.

Os acusados Natalino e Heron (4º e 5º denunciados), também concorreram de forma eficaz para a dispensa de licitação, pois, na qualidade de consultor jurídico e procurador-geral do município, respectivamente, subscreveram parecer concluindo pela legalidade da referida dispensa.” (fls. 7-8 da Decisão de Recebimento da Denúncia)

Em suma: o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recebeu a Denúncia levando em consideração tão somente o desempenho típico da função pública exercida pelos Procuradores - ao elaborarem parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório – **sem demonstrar a vontade de provocar lesão ao erário.**

4. DOS FUNDAMENTOS. DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. INVIOABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES DO PARECERISTA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO.

Imperioso salientar que no dia **26/10/2016**, em decisão unânime, a **Sexta Turma** deste Superior Tribunal de Justiça, julgando o **RHC 46.102**, trancou uma ação penal movida contra dois advogados que produziram parecer técnico pela possibilidade da contratação direta de uma empresa de consultoria pelo município de Rezende/RJ, **NUMA SITUAÇÃO IDÊNTICA** à que ora se narra nesta impetração.

Os advogados eram procuradores do município e redigiram o parecer a pedido da administração. O Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) denunciou ambos, juntamente com outros réus, pela conduta dolosa de não exigir licitação fora das hipóteses admitidas legalmente – crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93.

Em brilhante (como de costume!) manifestação, o ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**, relator do processo, o MPRJ não caracterizou a conduta dolosa dos advogados, de modo que a denúncia apresentada contra eles não deve prosseguir.

“O Ministério Público estadual imputou-lhes a conduta delitiva alicerçado exclusivamente no desempenho da função pública por eles exercida – elaboração de parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório –, sem demonstrar a vontade de provocar lesão ao erário, tampouco a ocorrência de prejuízo”.

ESTAMOS DIANTE DE UMA SITUAÇÃO IDÊNTICA!!!!

Segue a ementa do julgado:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL. INTENÇÃO DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. DOLO ESPECÍFICO NÃO INDICADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da APn n. 480, para a imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

2. Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei", **sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.**

3. Na espécie, o Ministério Público estadual, em sua peça acusatória, imputou aos recorrentes a conduta delitiva em análise, **alicerçado tão somente no desempenho típico da função pública por eles exercida – ao elaborarem parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório – sem demonstrar a vontade de provocar lesão ao erário,** tampouco a ocorrência de prejuízo.

4. Recurso provido para reconhecer a **ATIPICIDADE DA CONDUTA** perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos.

(STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 46.102, Rel. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ julgado em 26/10/2016)

Do voto do Eminentíssimo Ministro relator, extraem-se os seguintes excertos:

“Convém acentuar que, conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, **“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”** (destaquei), prerrogativa funcional e institucional que há de ser preservada em nome do correto e livre desempenho da profissão.

É bem verdade, contudo, que não se cuida de uma impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados ao manifestarem suas opiniões, visto que [...] **a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de**

ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir" (HC n. 78.553/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJ 29/10/2007, destaquei).

Assim posta a questão jurídica, observo que **NÃO SE DEMONSTROU NA EXORDIAL ACUSATÓRIA DE QUE FORMA TERIAM OS RECORRENTES TRANSBORDADO OS LIMITES DO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA ADVOCACIA, PORQUANTO LHEIS FOI IMPUTADA PARTICIPAÇÃO MERAMENTE OBJETIVA NA CONDUTA EM ANÁLISE, DADO QUE FORAM INCUMBIDOS DA ELABORAÇÃO DE PARECER, FUNÇÃO QUE, PER SI, NÃO DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DE CONLUÍO A FIM DE FRAUDAR CERTAME PÚBLICO.**

Desse modo, sem maiores detalhes acerca da participação dos recorrentes na empreitada criminosa, vê-se que o Ministério Público estadual imputou-lhes a conduta delitiva em análise, **alicerçado exclusivamente no desempenho da função pública por eles exercida – elaboração de parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório –, sem indicar a vontade de provocar lesão ao erário, tampouco a ocorrência de prejuízo.**

A brilhante decisão merece infinitos elogios! Estamos diante de prerrogativas (e não favores!) inerentes à atividade exercida por (nós!) Advogados *no mínus* que a Constituição assegurou. A criminalização da advocacia deve ser rechaçada com o máximo rigor.

É de se destacar, ainda, que a brilhante decisão do Ministro **ROGERIO SCHIETTI** quanto à inviolabilidade dos atos dos pareceristas não é destoante da há muito remansosa jurisprudência dos Tribunais inclusive no campo da improbidade administrativa.

O crime do art. 89 da lei 8.666, no moderno conceito analítico de delito já pacificamente adotado (com a necessidade de demonstração da tipicidade material) e a jurisprudência do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, do **Superior Tribunal de Justiça** e do **Supremo Tribunal Federal**, não deixam dúvidas acerca da necessidade de demonstração de dolo específico e dano ao erário para a tipificação da conduta. Seguem os seguintes trechos de julgados:

TJRJ: “APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. Lei n.º 8.666/93. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Prefeito. Sentença

condenatória. Recurso defensivo que argumenta a falta de dolo de gerar prejuízo ao erário e ausência de dano. Entendimento prevalente nos tribunais superiores no sentido de que o crime estabelecido no artigo 89 da Lei n.º 8.666/93 **EXIGE dolo específico** e efetivo **dano ao erário** para preencher a **TIPICIDADE PENAL**. Ainda que eventualmente tenha ocorrido o prejuízo, o órgão estatal de acusação não se desincumbiu do ônus de comprová-lo, sendo certo que a sentença condenatória não enfrenta a questão. **Absolvição que se impõe**. Provimento ao recurso.” (Apelação n.º 0005786-27.2009.8.19.0027 Relator: Desembargador Antônio Jayme Boente. Julgado em **09/01/2014**)

No mesmo sentido é o entendimento da 5ª Turma e da 6ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

(STJ - 5ª Turma) “RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVO DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO, NA ESPÉCIE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ESTE FIM.

1. A jurisprudência atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, estribada em decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entende que, para fins da caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, é **IMPREScindível** a comprovação do **DOLO ESPECÍFICO** do agente em causar dano à Administração Pública, bem como o **EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO**, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório.
2. A exordial acusatória retrata a conduta irregular do réu, que, na condição de então Presidente da Câmara dos Vereadores, teria dispensado indevidamente o processo licitatório e locado, por vários anos, veículo automotor de propriedade de terceiro, para prestar serviços ao referido órgão público, utilizando-o ainda para uso próprio.
3. Desse modo, não se olvida que os elementos contidos na inicial acusatória demonstram, em tese, o cometimento irregularidades administrativas, a serem eventualmente apuradas em esfera própria. Contudo, não se extrai dos autos o substrato mínimo a atrair a incidência do tipo penal, não se justificando a condenação do paciente pelas sanções do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

5. Recurso especial provido, para absolver o acusado, com amparo no art. 386, III, do Código.” **(RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.442 – PI. RELATOR MINISTRO CAMPOS MARQUES. Julgado em 09/04/2013)**

(STJ - 5ª Turma) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE NÃO DESCREVE A FORMA COMO OS RECORRENTES TERIAM CONTRIBUÍDO PARA A PRÁTICA CRIMINOSA, O SEU DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PREJUÍZOS AO ERÁRIO. PEÇA VESTIBULAR QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA CARACTERIZADA. PROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao acusado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

2. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que no sentido de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, o Ministério Público cingiu-se a afirmar que os recorrentes, sócios-administradores da empresa SC Soluções em Comunicação e Editora Ltda., teriam concorrido para a prática criminosa ao auferir os benefícios decorrentes da contratação com o Poder Público, deixando de mencionar de que maneira teriam contribuído para a inexigibilidade ilegal do procedimento licitatório, de que forma estariam conluiados aos demais corréus, agentes públicos, na restrição do caráter competitivo do certame, bem como o seu dolo específico de fraudar a Administração e os prejuízos por ela suportados, o que revela a inaptidão da vestibular para deflagrar a ação penal em apreço.

4. Recurso provido para declarar a inépcia da denúncia oferecida nos autos da Ação Penal n. 188.14.002975-5 apenas no tocante aos recorrentes.

(RHC 70752 / MG. RELATOR MINISTRO JORGE MUSSI. Julgado em 18/08/2016)

(STJ – 6ª Turma) HABEAS CORPUS . CRIMES DE LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 92 DA LEI N. 8.666/1993). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. EXCEPCIONALIDADE. (I) ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO DE LESIONAR OS COFRES PÚBLICOS E EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. (II) ART. 92 DA LEI N. 8.666/1993. ATIPICIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO (CONSCIÊNCIA E VONTADE). INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO CRIME. INEXISTÊNCIA.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. Conforme entendimento recentemente **PACIFICADO** nesta Corte Superior de Justiça, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, **DEVEM FICAR DEMONSTRADAS a INTENÇÃO DOS AGENTES EM LESIONAR OS COFRES PÚBLICOS** e a existência de **DANO AO ERÁRIO** (APn n. 480/MG, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/3/2012).

3. Da análise da inicial acusatória e dos documentos que instruem a inicial não emerge a existência do dolo específico por parte da paciente, então prefeita do município de Fernandópolis/SP, que, antes de proceder à dispensa de licitação, solicitou parecer da Procuradoria Jurídica do município, a qual se manifestou favorável à dispensa do certame por vislumbrar adimplidas as condições previstas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993.

4. O tipo penal previsto no art. 92 da Lei n. 8.666/1993 exige do Administrador, ciente da ilegalidade, uma conduta no sentido de permitir ou dar causa à aferição de alguma vantagem indevida em relação a contrato pactuado com terceiro. O fato de o contrato firmado entre a Administração (município de Fernandópolis/SP) e a Fade (Fundação Ararense para o Desenvolvimento do Ensino) prever que o ressarcimento das despesas seria efetuado com o valor pago pelos candidatos, a título de inscrição no concurso público por ela realizado, não é suficiente para configurar a conduta prevista no dispositivo.

5. Não se depreende da denúncia, nem dos documentos que acompanham a inicial deste *writ*, terem os pacientes consciência e vontade de realizar o contrato de prestação de serviços com o escuso objetivo de desviar, favorecer e obter vantagem indevida em detrimento do Erário e em favor de particular.

6. **Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HABEAS CORPUS Nº 202.937–SP. RELATOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Julgado em 22/05/2012)**

(STJ – 6ª Turma) PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

3. Entende essa Corte que o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 não é de mera conduta, cumprindo ao parquet imputar não apenas a contratação indevida, mas também o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, o que não ocorreu na espécie.

4. Constata-se que a inicial acusatória, em que pese tenha descrito que a paciente, como advogada e responsável pela elaboração de toda a documentação, tenha dispensado licitação fora das hipóteses legais, deixou de apontar o efetivo prejuízo da administração ou a intenção da paciente em lesar o erário. Assim, inepta a denúncia.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer a inépcia formal da inicial acusatória.

**(HABEAS CORPUS Nº 339303–PI. RELATOR MINISTRO NEFI CORDEIRO.
Julgado em 09/08/2016)**

Evidentemente a inviolabilidade dos atos e manifestações profissionais dos advogados não é absoluta, tendo os Tribunais brasileiros sedimentado o entendimento de que os advogados públicos somente podem ser responsabilizados civilmente por atos e manifestações com dolo ou com erro grosseiro, valendo mencionar trechos de julgados do Egrégio **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** exatamente sobre esta matéria:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR

EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: **É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.** Mandado de segurança deferido. (STF, Mandado de Segurança nº 24.631, Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007 – grifou-se)

* * *

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - **Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações.** Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros,**

se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF, Mandado de Segurança nº 24.073, Rel. Min. **CARLOS VELLOSO**, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002 – grifou-se)

Sobre o assunto “imputação de responsabilidade a advogado público parecerista”, este egrégio Superior Tribunal de Justiça tem decisão **RECENTÍSSIMA**, precisamente de **15/10/2015**. Nos autos do **REsp 1.454.640/ES**, a Corte apreciou questão similar, sob a relatoria do Ministro **Benedito Gonçalves**, chegando à seguinte conclusão, *verbis*:

“[...]”

2. **A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado.**

3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, **o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos**, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94.

4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, **não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé**, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária. Precedentes do STF: MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, pub. 01-02-2008; MS 24073, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003. Precedentes desta Corte: REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010.” (STJ – REsp 1.454.640 – ES, Relator Min. **BENEDITO GONÇALVES**, 1ª Turma, julgado em **15/10/2015**). Disponível no repositório de jurisprudência desta Corte, podendo ser acessado pelo link: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1444403&num_registro=201400096292&data=20151105&formato=PDF

Ou seja, **o advogado público somente pode ser responsabilizado ao emitir posição jurídica sobre determinada matéria se cometer erro grosseiro na aplicação do direito ou agir dolosamente**, não

bastando a mera discordância do julgador sobre a tese jurídica para ensejar a possibilidade de o advogado ser condenado.

Conclusão: De acordo com a pacificada jurisprudência remansosa, para a plena tipificação do crime previsto no art. 89 da lei 8.666, é IMPRESCINDÍVEL que tenha havido dolo específico e o efetivo dano ao erário, o que não restou demonstrado no presente caso.

Assim sendo, ausente a demonstração do dolo específico, **O FATO IMPUTADO AOS PACIENTES É ATÍPICO.**

4. DO PEDIDO LIMINAR

Doutrina e jurisprudência já se consolidaram acerca da possibilidade de concessão de liminar em sede de Habeas Corpus. Para tanto, basta que requisitos normalmente exigidos por outras tutelas liminares, como a em Mandado de Segurança, estejam presentes, por exemplo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. É o que leciona a doutrina autorizada

"... como medida excepcional, a liminar em habeas corpus exige requisitos: o *periculum in mora* (a probabilidade de dano irreparável) e o *fumus boni iuris* (elementos da impetração que indiquem a existência de ilegalidade no constrangimento"¹.

Inelutável a presença, *in casu*, dos requisitos para a concessão da medida. O *fumus boni iuris* encontra-se demonstrado por tudo que se arrazoou nos itens anteriores.

No que tange ao *periculum in mora*, este é evidente quando se tem em vista a possibilidade de imposição de sanção penal, estando presentes as graves ilegalidades referidas neste *writ*.

A necessidade de provimento jurisdicional de urgência, contudo, não se resume a essa alegação. Logo após a decisão de recebimento da

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Anotado. Editora Atlas. São Paulo. 2001

Denúncia, o Tribunal de Justiça delegou ao juízo de 1ª instância de Búzios a instrução do feito, vejamos a decisão (cópia anexa):

“Com vista a dar maior celeridade ao processo, e diante das normas contidas no art. 31 § único do RITJ e art. 9º § 1º da L. 8038/90, delego ao Juiz Criminal da Comarca de Armação dos Búzios que couber por distribuição a realização da instrução do feito e do interrogatório, que promoverá todos os atos judiciais na forma dos artigos 7º, 8º e 9º da referida lei.”

No juízo de 1ª instância fora autuado o processo nº 0003615-94.2016.8.19.0078, para instrução do feito de competência originária, sendo neste processo **já tendo sido marcada audiência de instrução e julgamento**, conforme se extrai do trecho abaixo da mesma decisão neste último processo citado (anexa):

“Cumpra-se. Citem-se e intmem-se os réus para apresentação de defesa prévia.
Designo audiência de instrução e julgamento para o dia 13/12/2016, às 16 horas.”

Assim, para se evitar a movimentação da máquina estatal judiciária para a produção de atos processuais num processo fadado ao insucesso pela manifesta atipicidade da conduta dos ora pacientes, pede-se a **CONCESSÃO DA LIMINAR** para **SUSPENDER** o curso do processo **0042629-96.2014.8.19.0000** (e por consequência o processo nº 0003615-94.2016.8.19.0078), até o trânsito em julgado deste Habeas Corpus.

5. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se:

1. Seja **deferida a liminar** para **suspender** o processo **0042629-96.2014.8.19.0000** (e por consequência o processo nº 0003615-94.2016.8.19.0078), até o trânsito em julgado deste Habeas Corpus;
2. Na forma do artigo 202 “*in fine*” do RISTJ, **CONCEDIDA MONOCRATICAMENTE** a ordem de Habeas Corpus para determinar trancamento da ação penal processo **0042629-**



96.2014.8.19.0000 (e por consequência o processo nº 0003615-94.2016.8.19.0078) em relação aos pacientes **NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO** e **HERON ABDON SOUZA** pela ausência de justa causa para o prosseguimento da ação ou pela inépcia da denúncia, ante a atipicidade da conduta imputada aos pacientes; ou

3. Seja o impetrante cientificado da data da sessão de julgamento, para que possa exercer a defesa perante a Turma e sustentar oralmente o pedido;
4. Seja **CONCEDIDA** a ordem de Habeas Corpus para determinar trancamento da ação penal processo **0042629-96.2014.8.19.0000** (e por consequência o processo nº 0003615-94.2016.8.19.0078) em relação aos pacientes **NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO** e **HERON ABDON SOUZA** pela ausência de justa causa para o prosseguimento da ação ou pela inépcia da denúncia, ante a atipicidade da conduta imputada aos pacientes.

Termos em que, pede e aguarda deferimento.

Araruama, 28 de Outubro de 2016.

PEDRO CORRÊA CANELLAS

OAB/RJ 168.484