



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 734203 - PE (2022/0099481-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCAO DE PERNAMBUCO**
ADVOGADOS : **FERNANDO JARDIM RIBEIRO LINS - PE016788**
: **YURI AZEVEDO HERCULANO - PE028018**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5A REGIAO**
PACIENTE :
CORRÉU : **JOSE FERNANDO MOREIRA DA SILVA**
CORRÉU : **HERON CARLOS BRITO DA SILVA**

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de _____ contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quinta Região (Apelação n. 0809802-46.2017.4.05.8300).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 89, da Lei n. 8.666/93 c/c o art. 29, do Código Penal, sobrevivendo sentença que absolveu (fls. 78-103, e-STJ).

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condena o paciente, nos termos da denúncia, à pena de quatro anos de detenção, a ser substituída por duas penas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo da Execução. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DO MPF E DOS RÉUSCONDENADOS EM PRIMEIRO GRAU. CRIME PREVISTO NOS ARTS. 89 E 96 DA LEI8.666/1993. ULTRATIVIDADE DAS NORMAS PENAIAS DA LEI 8666/1993. ULTRATIVIDADE DE LEI PENAL MAIS BENÉFICA. MPF ALTEROU TIPIFICAÇÃO PENAL EM SEDE RECURSAL SEM PROCEDER À MUTATIO LIBELLI. NULIDADE ABSOLUTA, IMPONDO-SE A ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS ACUSADOS DO DELITO DO ART. 96 DA LEI 8.666/1993. DOLO DO PARECERISTA JURÍDICO, QUE ASSUMIU ORISCO DE COMETER A CONDUTA CRIMINOSA AO COMETER ERRO GROSSEIRO, NA FORMA DO ART. 28 DA LINDB, AO CHANCELAR A CONTRATAÇÃO SEMANALISÁ-LA. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. OCORRÊNCIA. SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS. SUBCONTRATAÇÃO ILÍCITA. SERVIÇOS CONTRATADOS NÃO PREVISTOS NO PLANO DE TRABALHO DO CONVÊNIO. APELAÇÕES DOS RÉUS IMPROVIDAS E APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Apelações criminais apresentadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por

em face da sentença prolatada pela 36ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

2. Tal sentença condenou _____ a quatro anos

de detenção, substituída por duas penas restritivas de direito (prestação pecuniária e de serviços comunitários), e multa de 5% sobre o valor do Contrato 43/2009 firmado entre o município de Paudalho e a empresa M das Vitórias da Silva Produções e Eventos pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8666/1993; condenou a três anos de detenção, substituída por duas penas restritivas de direito (prestação pecuniária e de serviços comunitários), e multa de 2% sobre o valor do Contrato 43/2009 firmado entre o município de Paudalho e a empresa M das Vitórias da Silva Produções e Eventos pelo cometimento do delito inscrito no art. 89 da Lei 8666/1993; decretou a extinção da punibilidade de , com fundamento no art. 107, inc. IV, do CP e absolveu

3. O MPF interpôs apelação contra

. Em suas razões de apelação, arguiu o seguinte: a) prática do crime tipificado no art. 89 da Lei 8666/1993 por por emitir um parecer jurídico sem qualquer base; b) desvio de recursos do Convênio 704542/2009 por mediante superfaturamento no montante de R\$ 137.000,00; c) desvio de recursos públicos cometido por por meio de celebração de subcontratação ilícita.

4. em suas razões de apelo argumentou: a) ausência de provas da dispensa indevida de licitação; b) ausência de dolo específico; c) erro de tipo; d) valoração indevida da circunstância judicial da culpabilidade; e) desproporcionalidade na dosimetria da pena; e) condenação do apelante ao pagamento de honorários recursais à DPU.

5. em suas razões de apelação alegou: a) atipicidade da conduta por ausência de dolo; b) ausência de culpabilidade por potencial consciência da ilicitude; c) irrelevância penal da conduta, em virtude de ausência de prejuízo ao erário; d) ausência de provas suficientes para a condenação; e) necessidade de reforma da dosimetria para incidir a atenuante da confissão; f) falta de razoabilidade da pena de prestação pecuniária aplicada; g) necessidade de o Juízo da Execução definir as penas restritivas de direito aplicáveis ao caso concreto; h) suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais.

6. Em contrarrazões à apelação ministerial,

afirmou: a) inexistência de superfaturamento nos contratos celebrados pela prefeitura de Paudalho; b) falta de convicção do Parquet acerca da prática do crime previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei 201/1967 pelo fato de ter enquadrado anteriormente a conduta do réu como inscrita no art. 96 da Lei 8666/1993.

7. Em contrarrazões à apelação ministerial,

argumentaram: a) respeito à garantia da segurança jurídica, visto o MP ter apresentado no recurso acusação diversa da constante na denúncia; b) desrespeito ao contraditório e à ampla defesa; c) inaplicabilidade do Decreto-Lei 201/1967 a pessoas que não sejam agentes públicos; d) incomunicabilidade da condição de agente público aos réus; e) licitude do processo licitatório vencido pelos réus; f) fiel execução do contrato celebrado com a prefeitura de Paudalho; g) inexistência de conduta atentatória aos princípios da Administração Pública; h) atipicidade da conduta dos réus ao art. 96 da Lei 8666/1993.

8. Em contrarrazões à apelação ministerial,

arguiu: a) atipicidade da conduta por se tratar de emissão de parecer

jurídico; b) inexistência de enriquecimento ilícito.

9. não apresentou contrarrazões ao apelo ministerial pelo fato de a Defensoria Pública da União considerar tal peça de defesa desnecessária em virtude da ausência de qualquer menção ao acusado nas suas razões de apelação.

10. As contrarrazões ministeriais contra o apelo de

afirmaram: a) ocorrência da materialidade da conduta criminosa; b) clareza do texto legal sobre a vedação da contratação direta de artistas quando não realizada diretamente com eles ou com empresário exclusivo; c) dano in re ipsa pelo descumprimento das normas constitucionais e legais sobre licitação; d) desnecessidade de dolo específico no crime do art. 89 da Lei 8666/1993; e) afastamento da circunstância judicial de culpabilidade pelo fato de o réu ser prefeito na época do fato criminoso.

11. As contrarrazões ministeriais contra a apelação de

argumentaram: a) ocorrência de dolo específico de lesar o erário por meio de inexigibilidade indevida; b) consciência da ilicitude e ausência de erro de proibição por parte do réu; c) prejuízo ao erário, devido ao superfaturamento da contratação.

12. Instada a se manifestar, a PRR da 5ª Região opinou no sentido de provimento ao recurso ministerial e improvimento do recurso dos réus.

13. Primeiramente, cumpre assentar que os arts. 89 e 96 da Lei 8666/1993 foram revogados pela Lei 14133/2021 (nova lei de licitações) e substituídos pelos arts. 337-E e 337-L do Código Penal. Contudo, há ultratividade da lei penal revogada no caso concreto, nos termos do art. 5º, inc. XL, da CF, pois a nova norma penal é mais gravosa.

14. Em conformidade com o art. 938 do CPC, aplicável ao processo penal por força do art. 3º do CPP, passa-se a analisar as preliminares aventadas por

, quais sejam, o desrespeito à garantia da segurança jurídica e à garantia do contraditório e da ampla defesa.

15. As preliminares alegadas por eles são o desrespeito à segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa na apelação promovida pelo MPF, pois o recurso imputou uma conduta delituosa diversa da constante na denúncia: enquanto a denúncia imputou ao réu a prática do crime inscrito no art. 96 da Lei 8666/93, a apelação acusou-lhe de cometer o crime do art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei 201/1967.

16. Assiste razão aos réus. O art. 384 do CPP é claro ao determinar que, no caso de nova definição jurídica dada ao crime pelo MP (mutatio libelli), este obrigatoriamente deveria aditar a denúncia, sob pena de incidir o art. 28 do CPP.

17. Tal foi o que ocorreu no caso concreto. A denúncia imputou ao réu o delito previsto no art. 96 da Lei 8666/1993, mas na apelação acusou-lhe do crime do art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei 201/1967 sem ter feito qualquer aditamento na denúncia. Desse modo, incide ao caso concreto o art. 28 do CPP.

18. Assim, como reza a nova redação do art. 28 do CPP, que deve retroagir para beneficiar o réu nos expressos termos do art. 5º, inc. XL, da CF, não há outra solução senão decretar o "arquivamento" da denúncia, isto é, sua inépcia e consequente rejeição por ter apontado crime inexistente no caso em tela, nos termos do art. 395, inc. I, do CPP.

19. Além disso, o recurso apresentado estaria fatalmente fulminado de nulidade na parte da irresignação contra a absolvição pelos crimes do art. 96 da Lei 8666/1993, nos termos do art. 564, inc. IV, do CPP, pois o MP recorreu de crime que não foi julgado na sentença apelada nem objeto de aditamento da denúncia, maculando assim o necessário direito ao contraditório e à ampla defesa dos réus, garantia constitucional com status de cláusula pétrea (art. 5º, inc. LV).

20. Assim, deve a denúncia contra _____ pela prática do crime inscrito no art. 96 da Lei 8666/1993 ser totalmente rejeitada, impondo-se sua absolvição. De igual modo, deve ser mantida a absolvição de _____ pela acusação do mesmo delito.
21. No tocante ao recurso ministerial, assiste razão ao Parquet no tocante à responsabilidade criminal de _____ na contratação indevida por inexigibilidade nos processos licitatórios que culminaram nas contratações das empresas _____
22. Como bem apontado pelo titular da ação penal, o acusado emitiu parecer jurídico aprovando inexigibilidades de licitação sem: (i) quaisquer referências às bandas que iriam se apresentar; (ii) justificativas de preços para contratação dos artistas; (iii) cartas de exclusividade idôneas a comprovarem hipótese de inexigibilidade; e (iv) comprovação da consagração das bandas pela crítica especializada ou pela opinião pública, praticando o delito tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93.
23. Desse modo, resta patente o dolo do parecerista em dar aparência de legalidade a um simulacro de processo administrativo de inexigibilidade de licitação quando não havia nenhum dos requisitos exigidos pelo art. 26 da Lei 8.666/93, visto que não fez análise nenhuma e simplesmente emitia opiniões favoráveis para que a contratação pudesse ser efetivada. Assumiu, pois, o risco de produzir o resultado criminoso (a contratação direta ilegal), agindo dessa forma com dolo nos termos do art. 18, inc. I, do CP.
24. Reforçando a responsabilidade pessoal do agente público pelas suas opiniões técnicas emitidas com dolo, está o art. 28 da LINDB, que é expresso nesse sentido.
25. Sobre o desvio de recursos imputado ao réu _____, também assiste razão ao MP. Isso se dá porque ele, na condição de gestor do município de Paudalho, contratou serviços artísticos e de transporte por preços acima dos correntes no mercado à época com as empresas _____
26. Isso é provado por meio da comparação dos preços pelos valores contratados pela prefeitura de Paudalho com os do Clube Internacional do Recife pelas mesmas bandas contratadas para serviços artísticos e pela disparidade gigantesca entre o preço contratado pelo serviço de locação de veículos feito entre a _____ e a prefeitura de Paudalho com a subcontratação de objeto idêntico feito entre aquela empresa e a Tiúma Empresa de Transporte.
27. A despeito de ele ter argumentado, no que tange aos serviços artísticos, com a existência de contratos públicos celebrados pelos artistas e bandas na mesma época com outros entes públicos e com preços similares aos pactuados pelo município de Paudalho, o art. 40 da Lei 8666/93 é claro em dizer que os bens serviços e públicos devem ser contratados a preços de mercado.
28. Reforçando a interpretação jurídica dada no parágrafo acima, está o iterativo entendimento do TCU sobre a hermenêutica a ser dada à norma citada.
29. Sobre o recurso de _____, este não merece prosperar. Ficou cabalmente provado que ele cometeu o delito, pois de forma livre e consciente ele celebrou um contrato com a prefeitura de Paudalho para receber verbas do Convênio 704.542/2009 celebrado entre o Ministério do Turismo e a Prefeitura de Paudalho mesmo sabendo que os serviços artísticos intermediados por ele não estavam previstos no Plano de Trabalho do referido convênio, o que por si só já tornaria a contratação ilícita.
30. Além disso, o convênio também era expresso em vedar contratos de exclusividade limitados apenas para os dias correspondentes à apresentação dos _____

artistas e/ou restritos à localidade do evento, conforme determinado no Acórdão 96/2008 - Plenário do TCU.

31. Outrossim, o réu não colacionou provas que demonstrem sua falta de capacidade financeira para arcar com as custas processuais conforme alegado no recurso.

32. Sobre as dosimetrias das penas dos réus apelantes, estas foram proporcionais e aplicadas de forma prudente e fundamentada pelo magistrado a quo, não havendo vetores absolutos ou índices absolutos na dosimetria da pena, conforme bem apontado por precedente do STJ (AgRg no AREsp1793922/MA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 23/03/2021).

33. Apelações criminais de

improvidas e apelação ministerial parcialmente provida para: condenar a três anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei 201/1967, mantendo a pena de quatro anos para a qual ele foi condenado pela prática do crime inculcado no art. 89 da Lei 8666/1993 e perfazendo uma pena fina de sete anos de pena privativa de liberdade; condenar a quatro anos de detenção pelo crime do art. 89 da Lei 8666/1993, a ser substituída por duas penas restritivas de direito: prestação pecuniária e de serviços comunitários a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal." (fls. 132-135, e-STJ)

Nesta Corte, o impetrante alega, em suma, a ausência de elementos que subsidiem a condenação, considerando que não houve a demonstração de que o paciente tenha agido com vontade consciente e dirigida à violação de procedimento licitatório. Argumenta que o parecer jurídico proferido não possui caráter vinculativo e que o paciente - que não era integrante da Comissão Permanente de Licitação - estava tão somente exercendo sua profissão, sendo a conduta flagrantemente atípica. Aponta, por outro lado, a falta de fundamentação do acórdão condenatório, a qual estaria escorada em elementos vagos e genéricos

Requer a absolvição do paciente ou o reconhecimento da nulidade do acórdão.

Pedido liminar indeferido (e-STJ, fls. 139).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 143-147).

O MPF se manifestou pela denegação do writ (e-STJ, fls. 193-196, e-STJ).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A sentença, ao absolver o paciente, declinou que:

"No entanto, quanto aos réus

, então assessor jurídico do município, apesar de terem atuado no procedimento de inexigibilidade de licitação sem observar as formalidades previstas em lei, os primeiros assinando o parecer de inexigibilidade de licitação nº 006/2009, fundamentados no art. 25, III, da lei nº 8.666/93, e o último aprovando o referido parecer de inexigibilidade, não vislumbro nas condutas dos réus o dolo específico de inexigir licitação para causar prejuízo aos cofres públicos.

De início, conforme restou demonstrado nos autos, não cabia à Comissão de Licitação, tampouco ao assessor jurídico do município, a escolha das bandas que

seriam contratadas para se apresentarem no evento, nem a análise dos valores que eram cobrados pelos empresários para os shows artísticos.

A testemunha _____, que à época dos fatos trabalhava como gerente de eventos na Secretaria de Cultura do município, declarou em Juízo que as atrações contratadas para se apresentarem no I Festival da Acerola eram definidas diretamente com o Prefeito e o Secretário de Cultura.

Conforme já mencionado, _____ afirmou em seu interrogatório que toda a documentação para a contratação dos shows artísticos já vinha da Secretaria da Cultura para a Comissão de Licitação apenas formalizar o procedimento licitatório de inexigibilidade e que a comissão não tinha contato com os empresários contratados.

O acusado _____, em Juízo, informou que, nos casos de contratação por inexigibilidade de licitação de shows artísticos a comissão de licitação, não tinha contato direto com os empresários que representavam as bandas; que a comissão analisava mais a regularidade das certidões das empresas, se estavam em dia, e a verificação se os valores contratados eram os demarcados ficava a cargo do setor responsável pelos convênios da Prefeitura; que o parecer de inexigibilidade de licitação para contratação de artistas era um parecer padrão; que não era a comissão de licitação que optava pelo procedimento de inexigibilidade, pois o procedimento já vinha escolhido do próprio gabinete do Prefeito, da Secretaria de Cultura, a proposta única já era encaminhada juntamente com toda a documentação para contratação da empresa e que, nesses casos, a orientação era de que fosse feito por inexigibilidade; que, quando a comissão recebia o memorando/ofício do Secretário de Cultura dizendo que aquela proposta se adequava a necessidade, ou que era aquela a melhor escolha, já vinha assinado com a autorização do Prefeito para instaurar o procedimento; a comissão apenas formalizava o processo e via se a documentação estava de acordo, válida ou não; que as bandas que deveriam ser contratadas para tocar no Festival já vinham pré ajustadas da Secretaria de Cultura e após autorizadas pelo Gabinete do Prefeito.

Registro que o procedimento declarado por _____ está em consonância com o documento à fl. 04 do Id. 4058300.3472660, em que consta que o Secretário de Cultura, tendo em vista a parceria do Ministério do Turismo com a Prefeitura Municipal de Paudalho para realização do 1º Festival da Acerola de Pernambuco, solicita ao Prefeito "a contratação da

_____, para Show's Artísticos e Bandas afim [sic] de abrilhantar esta festividade", bem como informa que "tal contratação encontra-se legalmente embasada no inciso III do Art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, bem como, foi precedida de pesquisa de mercado, conforme planilha em anexo". Em seguida, o Prefeito despacha autorizando a contratação solicitada e o procedimento de inexigibilidade de licitação é formalizado pela Comissão de Licitação.

Nesse sentido também foi o interrogatório da ré

_____, declarando que, em relação ao procedimento de inexigibilidade para contratação de bandas, o Ofício e toda a documentação para a contratação por inexigibilidade (documentos da empresa, cartas de exclusividade) já vinha da Secretaria de Cultura, com a autorização do gestor (Prefeito); que a comissão de licitação recebia e conferia se cada banda tinha uma carta exclusividade para o evento, e o assessor jurídico dava o parecer juntamente com a comissão e encaminhava o processo de volta ao gabinete, para ser ratificado e homologado pelo Prefeito; que o parecer de inexigibilidade era padrão, mudava em termos só a festividade e a empresa contratada; que nas contratações de shows artísticos a comissão não tinha contato com os empresários.

Quanto ao assessor jurídico _____, quando interrogado, disse que a sua participação nesses processos licitatórios de inexigibilidade foi ratificar o parecer técnico da comissão de licitação que dizia que a contratação de bandas e de artistas poderia ser feita por inexigibilidade, de acordo com o art. 25 da lei nº 8.666/93; que não chegou a analisar o processo licitatório (averiguar se existia ou não uma pesquisa de valores de preços, se era conforme mercado, se constavam as cartas de exclusividade das bandas, se as cartas seriam idôneas), pois era advogado e assessor jurídico do gabinete, não participava dos atos licitatórios; que aprovou o parecer técnico da comissão e entende que o procedimento poderia ser feito daquela maneira; que esse tipo de procedimento (inexigibilidade de licitação para contratação de bandas) era e ainda é praxe nos Municípios; que o parecer de inexigibilidade, ora em análise, ainda serve como padrão atualmente, e que cabe ao administrador seguir ou não o parecer; o que mudou de 2009 para os dias atuais foi o entendimento do Tribunal de Contas a respeito da representação da exclusividade das bandas, que antes era só por município e depois passou a ser por região, por território. _____, apesar de constatar a negligência dos membros da comissão de licitação e do assessor jurídico no trato com a coisa pública.

In casu, não vislumbro circunstâncias que evidenciem a participação dos mesmos no crime licitatório, especialmente quando constatado que os mesmos sequer conheciam ou tiveram contato com o representante da empresa beneficiada,

_____, bem como que, de costume, não ficavam responsáveis por analisar os cachês das bandas que, na hipótese, foram contratadas com sobrepreço. Dessa forma, em relação às condutas dos réus

_____, não restou demonstrado o dolo específico de causar prejuízo ao erário e à Administração Pública, necessários à configuração do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93." (fls. 95-96, e-STJ)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao prover o recurso de apelação do Ministério Público, apontou que:

"No tocante ao recurso ministerial, assiste razão ao Parquet no tocante à responsabilidade criminal de _____ na contratação indevida por inexigibilidade nos processos licitatórios que culminaram nas contratações das

Como bem apontado pelo titular da ação penal, o acusado emitiu parecer jurídico aprovando inexigibilidades de licitação sem: (i) quaisquer referências às bandas que iriam se apresentar; (ii) justificativas de preços para contratação dos artistas; (iii) cartas de exclusividade idôneas a comprovarem hipótese de inexigibilidade; e (iv) comprovação da consagração das bandas pela crítica especializada ou pela opinião pública, praticando o delito tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Desse modo, resta patente o dolo do parecerista em dar aparência de legalidade a um simulacro de processo administrativo de inexigibilidade de licitação quando não havia nenhum dos requisitos exigidos pelo art. 26 da Lei 8.666/93, visto que não fez análise nenhuma e simplesmente emitia opiniões favoráveis para que a contratação pudesse ser efetivada. Assumiu, pois, o risco de produzir o resultado criminoso (a contratação direta ilegal), agindo dessa forma com dolo nos termos do art. 18, inc. I, do CP." (fl. 128, e-STJ)

Com efeito, segundo a jurisprudência deste STJ, a responsabilização do advogado

pela emissão de parecer jurídico em procedimento licitatório exige que a denúncia indique precisamente o dolo do causídico em anuir à empreitada criminosa, não sendo suficiente, para tanto, a mera imputação de que o advogado elaborou o parecer do qual discorda o Ministério Público. Confirmam-se, nesse sentido, os julgados a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DELITO TIPIFICADO NO ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. CRIME IMPUTADO A ADVOGADO E DEMAIS AGENTES. WRIT QUE BUSCA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA, SOB ALEGATIVA DE QUE A EMISSÃO DE PARECER NÃO TIPIFICA O CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. DENÚNCIA ADUZ A OCORRÊNCIA DE CONLUÍO ENTRE O ADVOGADO E OS DEMAIS AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte já assentou "quanto à inviolabilidade do advogado, tem-se que a colaboração em crime de fraude a licitações pela emissão de pareceres exige fundada indicação de preorientada atuação com desvio de finalidade, para que não se persiga o procurador municipal pela atuação funcional - de conteúdo sempre livre (HC n. 85.724/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 18/6/2015)" (AgRg no AREsp 1.630.006/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/8/2020).

[...] 5. Agravo regimental desprovido".

(AgRg no RHC 122.936/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993 E ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

ASSESSOR JURÍDICO. EMISSÃO DE PARECER. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E ASSOCIAÇÃO AOS DEMAIS DENUNCIADOS. RECURSO PROVIDO.

1. O trancamento da ação penal somente é permitido, em habeas corpus, de forma prematura, quando evidenciada a atipicidade da conduta, causa excludente de punibilidade ou a ausência de lastro probatório mínimo.

2. No caso, imputou-se ao recorrente a prática dos delitos descritos no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal somente por ter emitido parecer favorável à adoção da modalidade carta convite para determinado procedimento licitatório, não indicando, por outro lado, elementos que evidenciassem ter participação de eventual conluio para fraudar o caráter competitivo de licitação.

3. Nos termos da orientação firmada nesta Corte, "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" (HC n. 381.160/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/2/2020, DJe 21/2/2020).

4. De igual modo, e pelo mesmo motivo, não se vislumbra a existência de lastro para o prosseguimento da ação penal com relação à imputação referente ao art. 288 do Código Penal, uma vez não ter sido indicado vínculo do recorrente com os demais denunciados para a prática de ilícitos penais.

5. Recurso provido". (RHC 55.967/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 22/09/2020; grifei)

"HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DE CONDUTAS DESCRITAS NO ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/1993, C/C O ART. 1º, I, DO DL N. 201/1967, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ADVOGADA PARECERISTA. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 133 DA CF.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos (HC n. 307.842/BA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/12/2017).
2. A única imputação diz respeito à emissão de parecer jurídico opinativo pela dispensa de licitação para contratação de serviço especializado de advocacia. A mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia em face da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.
3. Diante disso, a inicial não destaca nenhum outro elemento capaz de vincular a paciente à empreitada criminosa. A mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia, em razão da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.
4. Ordem concedida para trancar a Ação Penal n. 1002294-80.2017.8.26.0238, em trâmite na 2ª Vara da comarca de Ibiúna/SP, ante a atipicidade da conduta imputada à paciente". (HC 464.498/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019; grifei)

No presente caso, como se colhe da exordial, a única acusação formulada em desfavor do paciente foi a de ter assinado, ratificado e homologado parecer de inexigibilidade de licitação sem as cautelas legais. Ou seja: o MPF deixou de indicar, nos termos exigidos pela jurisprudência deste Tribunal Superior, elementos que demonstrassem a efetiva preordenação do ato praticado à consumação do crime, tampouco seu envolvimento em algum conluio com os demais acusados.

Assim, o réu deve ser absolvido, porque a imputação feita em seu desfavor foi somente a prática de um ato profissional inviolável, sem que o Parquet tenha ao menos apontado algum elemento concreto na denúncia para atender o standard argumentativo exigido neste STJ.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Não obstante, concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a sentença absolutória proferida a favor do paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de setembro de 2022.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator