

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 46.102 - RJ (2014/0054761-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS : RENATO NEVES TONINI - RJ046151

FERNANDA LARA TÓRTIMA E OUTRO(S) - RJ119972

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RONALDO FREITAS RAMOS

PACIENTE : RICARDO RABELO MACEDO

ADVOGADO : TÉCIO LINS E SILVA - RJ016165

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RONALDO FREITAS RAMOS e RICARDO RABELO MACEDO, ora recorrentes, alegam a ocorrência de coação ilegal, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** no Habeas Corpus n. 0060669-98.2013.8.19.0000.

Depreende-se dos autos que os recorrentes foram denunciados pela suposta prática do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal. A exordial acusatória foi recebida, em 22/8/2013, pelo Juízo de primeiro grau. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem o Tribunal de Justiça, por maioria, denegou, havendo o voto vencido consignado que "o parecer exarado pelos pacientes é opinativo e não vincula a autoridade com competência para praticar o ato decisório" (fl. 47) e, ao cabo, concedido a ordem para trancar a ação penal.

Nesta Corte, os recorrentes alegam a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a inicial acusatória é inepta, porquanto o Ministério Público estadual não logrou êxito em descrever o dolo específico, ou seja, a intenção perniciososa de gerar dano ao erário. Aduz que o recebimento da denúncia constitui um atentado à independência e à liberdade profissionais dos advogados públicos. Asserem que a opinião jurídica expressa em parecer não é vinculativa do ato decisório do chefe do poder executivo local, uma vez que não se confunde com o ato da autoridade propriamente dita.

Requerem o trancamento da ação penal movida em seu desfavor.

Superior Tribunal de Justiça

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo não provimento do recurso.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 46.102 - RJ (2014/0054761-5)

EMENTA

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 tópico 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.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

No caso, o Ministério Público estadual ofereceu denúncia em desfavor dos recorrentes, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal. Ao descrever a conduta delitiva, o órgão acusador destacou que:

[...]

No dia 21 de dezembro de 2005, na sede da Prefeitura Municipal, nesta cidade e Comarca de Resende/RJ, **o ora denunciado SÍLVIO COSTA DE CARVALHO, à época Prefeito Municipal de Resende/RJ, de forma consciente e voluntária, previamente ajustado e em unidade de desígnios com os demais denunciados, inexigiu licitação fora das hipóteses previstas em lei, dando ensejo à celebração do contrato administrativo n.º 279/2005 com a Sociedade Instituto de Desenvolvimento Gerencial Ltda., através de contratação direta.**

[...]

O denunciado JORGE RICARDO então, agindo de forma manifestamente contrária à Lei de Licitações, elaborou manifestação dirigida à Procuradoria-Geral do Município de Resende, elencando razões para a contratação direta da empresa Instituto de Desenvolvimento Gerencial Ltda. para a prestação dos aludidos serviços, mediante inexigibilidade de licitação, postulando a implementação desta medida de forma urgente, conforme se depreende dos documentos de páginas 388/390 do arquivo 20563406_1, salvo na mídia acostada à fl. 06 do Procedimento MPRJ n.º 2013.00529657, ora em anexo (correspondentes às fls. 469/471 da numeração originária do procedimento administrativo municipal).

Na sobredita manifestação, o denunciado JORGE RICARDO alegou, em síntese, a urgência na contratação dos serviços pretendidos, a natureza singular e técnica deste objeto, bem como a vantajosidade no valor proposto empresa INDG, requerendo ao final a elaboração de parecer da Procuradoria Geral e da Controladoria Geral do Município para a efetivação da contratação.

Neste compasso, os autos do processo administrativo foram remetidos à Procuradoria Geral do Município de Resende/RJ, ocasião em que **os denunciados RICARDO RABELO MACEDO e RONALDO FREITAS RAMOS, então Procuradores Geral e Adjunto do Município, respectivamente, também agindo dolosamente de forma contrária à Lei de Licitações, elaboraram parecer jurídico conjunto favorável à contratação da sociedade INDG mediante inexigibilidade de licitação, alegando suposta singularidade dos serviços técnicos a se contratar, bem como a notória especialização da pretensa contratada, propondo a aplicação do artigo 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 (vide parecer jungido às páginas 391/399 do arquivo 20563406_1,**

Superior Tribunal de Justiça

salvo na mídia acostada à fl. 06 do Procedimento MPRJ n.º 2013.00529657) (fls. 107-108, destaquei).

A denúncia foi recebida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Resende – RJ. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, em que alegava "ausência de justa causa na denúncia, uma vez que a manifestação exarada pelos ora pacientes, se consistiu apenas em mera opinião jurídica, não vinculativa do ato decisório posteriormente proferido pelo chefe do executivo municipal" (fl. 41).

No entanto, o Tribunal de Justiça denegou a ordem, ao asseverar que "o Ministério Público, ao oferecer a denúncia contra todos os envolvidos, se lastreou em documentos e no voto emitido pelo Conselho do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que é o órgão competente, entre outras funções, para analisar a legalidade das contratações realizadas pelo Poder Executivo que, no caso em tela, julgou ilegal o ato de inexigibilidade de licitação e, por via de consequência, o contrato" (fl. 42).

A Corte de origem considerou que o fato imputado aos recorrentes é típico e a exordial acusatória encontra amparo em elementos de prova coligidos aos autos, de maneira que não foi demonstrada a inviabilidade da denúncia, o que impediria o trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus, inadequada para uma incursão aprofundada em fatos e provas.

Nesse sentido, consoante o entendimento deste Tribunal Superior, "O trancamento da ação penal através do habeas corpus – ou do recurso ordinário em habeas corpus – é medida de exceção, a qual somente pode ser provida quando restar demonstrada, de forma inequívoca, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta" (**RHC n. 72.703/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 5/10/2016).

Dos excertos acima colacionados, percebe-se que o *Parquet* atribuiu aos recorrentes a conduta de dispensar a realização de processo licitatório fora das hipóteses previstas na legislação, porquanto Ricardo Rabelo e Ronaldo Freitas, Procurador Geral e Procurador Adjunto do município de Resende, respectivamente, "agindo dolosamente", teriam elaborado parecer favorável à contratação, mediante inexigibilidade de licitação, da empresa INDG, especializada em prestação de serviços de gestão e implantação de rotinas.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, no mencionado parecer, os procuradores salientaram que:

[...] há de fato uma inviabilidade fática e técnica de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa, eis que como já dito **o Instituto proponente detém notória especialização na prestação dos serviços almejados pela administração**, consoante informação do ilustre Secretário Municipal de Gestão Estratégica e Planejamento nas fls. 469/471, fato demonstrado pelo currículo de seus técnicos, pelos trabalhos anteriormente desempenhados.

Verifica-se ainda que **o Instituto em questão prestou serviços ao Supremo Tribunal Federal, com fundamento no inciso II do artigo 25 do Estatuto Federal Licitatório**, o que vem demonstrar que a entidade em questão goza de irrefutável conceito nos trabalhos desenvolvidos.

Portanto, consoante as razões de fato e de direito acima articuladas, vislumbramos caracterizada a inexigibilidade de licitação, prevista no inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações (fl. 122, destaquei).

Assim, observa-se que os recorrentes frisaram a singularidade dos serviços prestados pela empresa contratada, dada a sua notória especialização, o que, segundo eles, poderia ser observado por meio dos currículos de seus técnicos e, ainda, de trabalhos anteriormente realizados, como, por exemplo, serviço prestado ao Supremo Tribunal Federal, com fulcro também no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, ou seja, mediante dispensa de licitação.

Na situação em exame, atuaram os recorrentes, Procurador-Geral e Procurador Adjunto do município de Resende, como consultores, após ser-lhes solicitada a elaboração de parecer pela Secretaria Municipal de Gestão Estratégica e Planejamento, de forma que a opinião por eles exarada não vincula o ato decisório do chefe do executivo local de dispensar a realização de processo de licitação pública.

A propósito, trago à baila precedente do Pretório Excelso, *in verbis*:

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 (MS n. 24631, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-018 Divulg 31/1/2008 Public 1º/2/2008, destaquei).

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

Superior Tribunal de Justiça

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 lhes 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 conluio 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.**

"Malgrado o *pedido* formulado na denúncia ou queixa ser sempre genérico (pedido de condenação), a causa de pedir, que será o *thema decidendum*, não pode ser genérica, devendo o fato delituoso ser sempre perfeitamente caracterizado. **A exigência de imputação certa e bem delimitada revela-se de grande importância em razão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois é indispensável que o réu saiba de que conduta ou condutas está sendo acusado, a fim de que possa eficazmente se defender**" (NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 250, destaquei).

Nesse sentido, é imperioso consignar que a Corte Especial, na Ação Penal n. 480, por maioria de votos, concluiu que "Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) **exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo**" (APn n. 480/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012).

Não se desconhece que, à época, a insuficiência do dolo genérico

Superior Tribunal de Justiça

para a tipificação do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 não se consubstanciava em compreensão unânime, havendo precedentes tanto da 5ª quanto da 6ª Turmas no sentido de dispensar a demonstração do dolo específico.

Todavia, o entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de exigir a demonstração do elemento subjetivo especial. Ilustrativamente:

[...]

1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é **necessária a presença do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário, com a ocorrência do efetivo prejuízo à Administração Pública.**

Questão jurídica já decidida pela Sexta Turma (HC n. 299.209/GO).

2. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo ora paciente e anular, *ab initio*, o processo movido contra ele. Efeitos estendidos aos demais corréus (**HC n. 316.953/GO**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 9/6/2016, destaquei).

[...]

2. Na hipótese dos autos, o órgão acusatório não descreveu de que forma o denunciado concorreu para a empreitada criminosa. Também não demonstrou a maneira pela qual a dispensa da licitação configurou o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993. **Não ficou nítida na inicial acusatória a intenção dos agentes em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de prejuízo. Em outras palavras, não há na inicial ofertada pelo *Parquet* menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao erário.**

3. A jurisprudência desta Corte Superior, firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, em 29/3/2012, acompanhando o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), assevera que **a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Precedentes.**

4. Agravo regimental improvido (**AgRg no AREsp n. 324.066/MG**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe

Superior Tribunal de Justiça

27/2/2015, destaquei).

[...]

1. No julgamento da Ação Penal n. 480/MG, consignou-se ser necessário, no que diz respeito ao crime descrito no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, **que órgão acusador demonstre, desde logo, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo causado com a conduta.** Não tendo o Ministério Público se desincumbido de demonstrar referidos elementos, verifica-se que a inicial acusatória se mostra inepta, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Recurso provido, para trancar a Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goyatacazes, apenas com relação ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, por inépcia da denúncia, sem prejuízo de que nova inicial seja apresentada (**RHC n. 65.254/RJ**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 10/2/2016, destaquei).

[...]

2. É certo que, para o oferecimento da denúncia, não se exige prova conclusiva acerca da autoria delitiva, mas apenas indícios desta. Entretanto, deve haver lastro probatório mínimo para a instauração da *persecutio criminis in iudicio* em desfavor do acusado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

3. No caso, diante do quadro delineado pela instância ordinária, não resta dúvida que a análise da tese de que o recorrido tinha ciência das irregularidades nas licitações, estando configurada a co-autoria delitiva e que, dessa forma, haveria justa causa para a propositura da ação penal, demandaria o reexame de matéria fática, inviável em recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte, mormente considerando que o acusado não integrava o quadro societário da empresa, tendo assinado o contrato na qualidade de mero procurador, nos estritos limites dos poderes a ele outorgados.

4. De notar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no julgamento do Inquérito n. 2.482/MG, em 15/09/2011, tem firme o posicionamento de que **a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.**

Incidência da Súmula 83 deste Tribunal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (**AgRg no REsp n. 1430842/PB**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5^a T., DJe 3/8/2015, destaquei).

Na lição de Marçal Justen Filho, acerca do elemento subjetivo do tipo e do eventual dano causado ao patrimônio público, tem-se que:

2.2.2) A existência de dano

Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. **Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime.** Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.

[...]

3.3) O elemento subjetivo

Exige-se a presença de um elemento subjetivo específico e diferenciado no tipo do referido art. 89, parágrafo único. Tal como esclarece Guilherme de Souza Nucci, "Esta é a razão pela qual, no parágrafo único deste artigo, inseriu-se que, quanto ao contratado (não-servidor), **deve-se buscar, além do dolo, a específica vontade de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade da licitação, tendo tomado parte na concretização da ilegalidade.** É lógico que o particular, ao fornecer bens ou serviços à Administração, sem ter tomado parte na ilegalidade cometida pelo servidor, que agiu por interesses escusos quaisquer, **ainda que tenha lucro, não pode ser responsabilizado criminalmente...** Assim, no caso o servidor dispensa a licitação, mas o particular não tome parte em qualquer ato ilegal, que lhe diga respeito, ainda que se beneficie da contratação indevida, é incabível a punição [...] (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 865-869, destaquei).

Dessa feita, não demonstrado na inicial acusatória o dolo específico de causar dano ao erário, é patente a deficiente descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente de dolosa concorrência para a consumação da ilegalidade do *caput* do art. 89 da Lei n.

Superior Tribunal de Justiça

8.666/1993.

À vista do exposto **dou provimento** ao recurso para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos.