



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 76.880 - MS (2007/0029535-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : ALDO MÁRIO DE FREITAS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO MARTINS ABRÃO COSTA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LEI 8.666/93. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO. INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que somente se viabiliza quando exsurge de modo patente a violação de algum dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. *In casu*, o *Parquet* cuidou de narrar de maneira satisfatória o evolver fático que, em tese, se amolda objetiva e subjetivamente ao disposto no art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) concedendo a ordem, e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) a denegando, a Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP)." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 21 de setembro de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 76.880 - MS (2007/0029535-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALDO MÁRIO DE FREITAS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO MARTINS ABRÃO COSTA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

ANDRO MARTINS ABRÃO COSTA, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL que, em prévio *writ*, não acolheu o pedido de trancamento da ação penal, na qual se imputa ao paciente a suposta prática do delito insculpido no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.

Alega que o paciente não teria concorrido para a prática do delito objeto da denúncia. Aduz que não seria necessária a realização de licitação para a sua contratação, pois não haveria outro Advogado que pudesse concorrer com o paciente na cidade de Itaporã/MS. Ademais, mesmo que outros Advogados existissem, os serviços de Advocacia não podem ser objeto de licitação. Aponta, finalmente, que a denúncia contraria os fatos apurados no inquérito policial.

Indica, como fator a ensejar o *periculum in mora*, a designação de audiência de testemunhas de acusação para a data de 16 de fevereiro de 2007.

A autoridade apontada como coatora assentou:

"Para trancamento da ação penal por justa causa é necessário que esta seja evidente, isto é, quando da simples exposição dos fatos restar demonstrada a ilegalidade, reconhecendo-se que ocorreu imputação de fato atípico ou, ainda, a inexistência, de qualquer fundamentação capaz de sustentar a acusação. Assim, havendo indícios que caracterizem a figura descrita na peça exordial, em seu tipo fundamental, inviabilizada está a pretensão de trancamento da ação penal." (fl. 15)

Pede, liminarmente, a suspensão do processo-crime. E, no mérito, requer o trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida às fls. 82-83.

Compareceu o impetrante por meio da petição de fls. 98-359, trazendo esclarecimentos acerca do desmembramento da ação penal original, bem assim, aclarando o teor das prévias ordens nesta Corte impetradas.

O Ministério Público Federal apresentou parecer de fls. 362-368, da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco D. Teixeira, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram prestadas informações às fls. 373-389 e 392.

Em consulta telefônica à Vara de origem, obteve-se informação de que a ação penal encontra-se na fase de apresentação de alegações finais.

Esclarece-se que, inicialmente, a ação penal em foco envolvia tanto o ex-Prefeito de Douradina/MS quanto o paciente. Desmembrado o feito, seguiu em relação ao corréu o processo de número 037.04.000156-0; e, no tocante ao paciente, o de número 037.04.010001-0.

Esta Corte já se pronunciou sobre tais ações nos seguintes *habeas corpus*:

a) *HC* 42.952/MS, no qual se pleiteou e logrou a anulação de ação penal 037.04.010001-0.

b) *Habeas Corpus* n. 53.528/MS, por meio do qual se obteve a anulação da ação penal 037.04.000156-0.

Tais anulações decorreram do fato de o membro do Ministério Público que requisitou a instauração do inquérito policial ter funcionado, posteriormente, como juiz, recebendo a denúncia respectiva.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 76.880 - MS (2007/0029535-9)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LEI 8.666/93. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO. INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que somente se viabiliza quando exsurge de modo patente a violação de algum dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. *In casu*, o *Parquet* cuidou de narrar de maneira satisfatória o evolver fático que, em tese, se amolda objetiva e subjetivamente ao disposto no art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93.
2. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A questão trazida a deslinde cinge-se à verificação da regularidade formal da denúncia, ou seja, se descreveria, ou não, de acordo com art. 41 do Código de Processo Penal, a participação do paciente no sucesso delitivo.

Eis o teor da exordial acusatória:

Consta dos autos de inquérito policial que o primeiro denunciado (Aparecido de Souza Caminha) foi Prefeito Municipal de Douradina no período de 1997-2000, sendo que, faltando menos de 03 (três) meses para o encerramento de seu mandato, contratou o segundo denunciado, sem a devida e necessária licitação, para que prestasse serviços de advocacia na defesa de medidas cautelares e ações ordinárias referentes a diversos precatórios, pelo valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), consoante Contrato de Prestação de Serviços Profissionais nº 006/2000 (fls. 04-06).

Contudo, apurou-se que a importância acima mencionada foi paga sem qualquer contraprestação de serviços por parte do segundo denunciado, evidenciando-se que a finalidade visada pelo ajuste foi a (sic) pessoal ou de terceiro e não da coletividade, havendo, por conseguinte, a aplicação indevida de verbas públicas.

Outrossim, verifica-se que pelo valor pago, poder-se-ia contar com assessor jurídico, de acordo com a remuneração média de um Procurador do Município na época, por pelo menos 12 (doze) meses, não havendo especialidade ou notoriedade alguma no serviço do segundo denunciado, beneficiado com a falta de licitação, que justificasse sua contratação sem o devido processo licitatório que, com certeza, conseguiria a proposta mais vantajosa para os interesses da sociedade.

Antes o exposto, o Ministério Público oferece **Denúncia** em face de **Aparecido de Souza Caminha**, como incurso no art. 1º, inciso III, do Decreto-lei 201/67 e no art. 89 da Lei 8666/93; e, de **Leandro Martins Abrão Costa**, como incurso no art. 89, parágrafo único, da Lei 8666/93. Requer seja a presente recebida e autuada, determinando-se o processamento até final julgamento, nos termos da legislação pertinente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intimando-se as testemunhas abaixo arroladas para deporem, sob as penas da lei.” (fls. 36/37)

O então prefeito foi denunciado pelo *caput* e o paciente pelo parágrafo único do seguinte comando penal:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. **Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.** (destaquei)

No meu sentir, por mais que a denúncia seja sucinta, ela narra o comportamento do paciente de forma a não coartar o exercício da ampla defesa.

A suficiência da descrição dos fatos e da indigitada contribuição do paciente, que coincide com a aderência ao suposto plano que teria sido engendrado pelo então alcaide, põe a cobro o art. 41 do Código de Processo Penal.

A propósito, bem destacou o parecer do Ministério Público Federal:

6. A denúncia afirma, pois, com base em documentos, que o paciente foi contratado para prestar serviços profissionais, pelo preço de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), por intermédio do contrato nº 006/2000, tendo sido apurado, ainda, que não houve prestação de quaisquer serviços por sua parte. Vê-se que a peça acusatória narra fato com contornos típicos (artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), descreve a conduta do denunciado, ora paciente, indica as provas (documentais) em que se apóia a denúncia e apresenta outras (testemunhais) a serem colhidas sob o contraditório. É, portanto, peça apta a dar início a persecução penal.

7. Por outro lado, a sentença de fls.285/294, embora relativa ao então Prefeito de Douradina/MS, contém em seu bojo informações sobre a existência dos seguintes documentos que refletem sobre a ação penal objeto do presente *habeas corpus*: contrato de prestação de serviços, sem licitação, entre a Prefeitura e o paciente, nota de empenho e cópia do cheque pago ao paciente. A decisão conclui, ainda, que a natureza do serviço objeto da contratação não exigia especialidades, que não restou comprovado profundo conhecimento técnico do profissional contratado e que não houve contraprestação pelo serviço contratado.

8. Finalmente, a participação do ora paciente nos fatos coincidiria com sua própria participação na celebração do contrato, sem prévia licitação, e no recebimento de valores por serviços que não teria prestado. (fls. 366-367).

Por mais que a denúncia seja sucinta, no meu sentir, ela descreve de modo suficiente os fatos de tal arte a justificar a instância. Permitiu-se, de tal arte, o exercício da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa.

O *Parquet*, ao oferecer a incoativa, não se limitou a simplesmente repetir os termos da lei, mas, no meu sentir, apontou, circunstâncias concretas que dariam azo à inauguração do processo penal.

Neste sentido, confira-se o entendimento desta Casa de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

(...)

2. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.

3. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal, quais sejam, a exposição do fato criminoso, narrando todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há falar em inépcia da denúncia, nem em falta de justa causa para a ação penal.

4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação nela contida.

5. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva se não decorreu o prazo entre os marcos interruptivos.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LEI 8.666/93. ART. 89. INÉPCIA MATERIAL DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE. 1. AUSÊNCIA DE DOLO. SUFICIENTE DESCRIÇÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS FATOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 2. DESCRIÇÃO DO PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEBATE NA INFERIOR INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que somente se viabiliza quando exsurge de modo patente a violação de algum dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. In casu, o *Parquet* cuidou de narrar de maneira satisfatória o evoluir fático que, em tese, se amolda objetiva e subjetivamente ao disposto no art. 89 da Lei 8.666/93.

2. A matéria concernente à ausência de descrição do prejuízo que teria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de amargar a Administração Pública no seio da incriminação em testilha não foi debatida na inferior instância, sendo, portanto, vedado a esta Corte dela conhecer, sob pena de indevida supressão da instância.

3. Ordem conhecida em parte, e, nesta extensão, denegada.

(HC 69.922/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 22/06/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. EMPRESA PROMOTORA DE EVENTOS. ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. É entendimento pacífico desta Corte que o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Havendo indícios de que cabia ao agente público realizar licitação para a contratação de empresa promotora de eventos, afigura-se prematuro o trancamento da ação penal, ante a impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos na estreita via do habeas corpus.

3. O tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito de mera conduta, não exige dolo específico, mas apenas o genérico, representado, portanto, pela vontade de contratar sem licitação, quando a lei expressamente prevê a realização do certame. Independe, assim, de qualquer resultado naturalístico, como por exemplo, prejuízo ao erário.

4. Ordem denegada.

(HC 113.067/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008)

HABEAS CORPUS. DESACATO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. ARGUMENTO: AUSÊNCIA DE DOLO EXIGÍVEL PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. AFERIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes do STJ.

2. A denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de suposto crime de desacato da responsabilidade do Paciente, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal.

3. Inexiste demonstração irrefutável da alegada inocência do ora Paciente e de qualquer excludente de ilicitude, razão pela qual a hipótese em testilha demanda conveniente dilação probatória para apuração dos fatos, com o devido contraditório, garantida ampla de defesa ao acusado, sendo incabível, pela estreiteza da via eleita, a antecipação precipitada do mérito.

4. Ordem denegada.

(HC 34.995/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2004, DJ 11/10/2004 p. 360)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do que é dado perquirir na angusta via do *habeas corpus*, é possível verificar que a ação penal possui fôlego para justificar a instância, não se apurando carência de justa causa no particular aspecto da tipicidade dos comportamentos irrogados. Tanto assim é que, destaque-se, já há inclusive sentença condenatória em relação ao corréu, cuja imputação seguiu caminho autônomo em razão do desmembramento.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0029535-9

HC 76880 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20060149850 37040100010

EM MESA

JULGADO: 23/03/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALDO MÁRIO DE FREITAS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO MARTINS ABRÃO COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora denegando a ordem de habeas corpus, sendo acompanhada pelo Sr. Ministro Og Fernandes, pediu vista o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Aguarda o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. " Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 23 de março de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 76.880 - MS (2007/0029535-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **ALDO MÁRIO DE FREITAS LOPES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PACIENTE : **LEANDRO MARTINS ABRÃO COSTA**

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de crime descrito no artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, em relação ao paciente Leandro Martins Abrão Costa.

A imputação se prende a que o paciente, na condição de advogado, foi contratado pelo Prefeito Municipal de Douradina pelo valor de R\$ 28.000,00, para a prestação de serviços jurídicos, mas sem a devida e necessária licitação, porquanto não ostentava notoriedade alguma como profissional.

Denunciado por esse fato, impetrou ordem de "habeas corpus", mas o Tribunal do Mato Grosso do Sul a denegou, considerando hábil e regular a denúncia, cuja declaração de inépcia pleiteava. Agora, postula, perante esta Corte, o reconhecimento da inépcia daquela peça, por não apontar em que e como teria concorrido o paciente para a consumação da ilegalidade. Sem a comprovação da participação do paciente, é nula a denúncia.

Ademais, por duas razões não se justificam o oferecimento e recebimento da denúncia. A primeira, porque, conforme certidão exarada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Mato Grosso do Sul, não existiam outros advogados que pudessem concorrer com o paciente, a indicar possibilidade jurídica da dispensa de concorrência para a prestação da assessoria jurídica na municipalidade, nos termos do disposto no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93. E a segunda razão se prende a que, mesmo existindo outros advogados, os serviços desses profissionais não podem ser objeto de licitações, por óbice da própria lei que criou o Estatuto da OAB. O impetrante traz mais uma e última razão: os serviços foram efetivamente prestados, como consta do relatório final no inquérito policial, porquanto, por força da atuação do ora paciente, foram acertados os índices de repasse do ICMS ao Município.

A denúncia considera que, com o valor de R\$ 28.000,00, a Municipalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderia contratar assessor jurídico por pelo menos doze meses, já que o paciente, como já disse, não ostentava nenhuma notoriedade, como profissional.

Esses os fatos e as teses jurídicas em discussão.

A eminente e culta Ministra Maria Thereza de Assis Moura, como Relatora, votou pela denegação da ordem.

Pedi vista para melhor exame.

Considero, de logo, preenchidos os requisitos para a compreensão da imputação fática, pois são claros seus termos.

No entanto, a impetração traz um argumento, que me pareceu forte, a exigir a análise pela E. Turma: a questão de sujeitar-se o advogado a certame licitatório.

De feito, além do precedente trazido pelo impetrante, tendo como relator o eminente Ministro Nílson Naves, trago o RHC nº 24.862, de que fui relator e que analisava essa mesma questão.

Ei-lo:

"De feito, ainda que constituído o escritório de advocacia havia apenas dez dias, nenhum óbice impediria a contratação, sendo dispensável a licitação, nos termos do que dispõe o artigo 25, II, da Lei nº 8.666/93, que se reporta expressamente ao artigo 13 dessa mesma lei. E, por esse artigo e seu inciso V, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I. (...)

II. (...)

III. (...)

IV. (...)

V. patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI (...)

VII (...)

Anote-se, igualmente, que a denúncia se refere aos dois contratos celebrados sem licitação e a seus objetos respectivos, o de prestação de serviços técnicos de assessoria e consultoria jurídicas, em relação ao primeiro contrato, e, em relação ao objeto do segundo contrato, se refere a prestação de serviços técnicos de advocacia, consistentes na defesa e acompanhamento de processos judiciais e administrativos movidos contra funcionários e administradores da COPASA e contra esta própria, envolvendo Direito Público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A seguir, diz a denúncia:

Em todas as situações narradas inocorreu a hipótese de serviços técnicos de natureza singular, pois não se tratava de assessoria e consultoria jurídicas definidas e de acompanhamento de processos determinados, tampouco de empresa de notória especialização, vez que registrada na OAB/MG em 24/6/05, poucos dias antes da celebração dos contratos 05.1259, 05.1529 e 05.1530, sem que contasse em seus quadros com profissionais especializados em Direito Público.

Veja-se, pois, que, no entendimento do órgão acusador, para não haver ilícito penal por falta de licitação, deveriam ser assessoria e consultorias jurídicas já definidas e o acompanhamento de processos já determinados. Presume ainda a inidoneidade técnica do escritório, por ter sido constituído dez dias antes da celebração do contrato, isto é, não poderia ser um escritório consagrado...

Contudo, o ente contratante não é ente público, como, por exemplo, um município, que dispõe de quadro fixo na secretaria de negócios jurídicos, ou um estado-membro, que, igualmente, conte com sua secretaria de Estado dos negócios da Justiça. Os recorrentes exerciam a função de diretores de uma empresa pública, que não está obrigada a manter quadro fixo, um departamento jurídico para resolver pendências jurídicas e acompanhar causas na Justiça.

Buscaram os recorrentes exatamente a assessoria de profissionais, opção legítima, decorrente da autonomia da empresa, que poderia contratar pessoal fixo ou, como preferiu, contratar um escritório de advocacia para prestar assistência jurídica e acompanhar as causas que envolvessem a empresa e seus empregados.

Não era o caso de definir os casos objeto de assessoria e consultoria, nem de determinar quais os processos que seriam acompanhados pelo escritório. Este responsabiliza-se pela consultoria jurídica permanente e também pelo acompanhamento de processos, os já existentes e os que existirem no futuro. Sempre, como é óbvio, pelo prazo dos contratos.

A inidoneidade técnica do escritório foi presumida pela acusação, em face de uma singularidade: o escritório fora constituído havia apenas dez dias antes da contratação.

A lei de licitações não estabelece, todavia, prazo mínimo de existência de escritório ou atividade advocatícia. Limita-se ao aspecto técnico. E se a lei não distingue, claro que não cabe ao intérprete fazê-lo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mas, mais que isso: a contratação de advogado para a prestação de serviços de sua profissão conta com uma peculiaridade, o importante componente da confiança. O contrato, não se pode negar, é celebrado intuitu personae.

E, sob esse aspecto, doutrina e jurisprudência se voltam no mesmo sentido, para mitigar a condição técnica, e enaltecer o requisito confiança.

Não se desconsidere que os recorrentes foram contratados também para acompanhar causas perante o Poder Judiciário.

*Ora, o advogado, profissional legalmente habilitado para o exercício de **jus postulandi**, representa a parte no processo, levando a juízo a pretensão da parte ou a sua defesa, quando réu, além de exercer outros direitos e faculdades no decorrer do processo, em nome do cliente.*

*Exerce o advogado um **munus público**, ao mesmo tempo em que presta assistência técnica ao cliente. A natureza do contrato que celebra com o cliente é de direito público. E, na Constituição Federal, a advocacia está no Capítulo IV, "Das funções essenciais à Justiça". O art. 133 da Constituição estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".*

É o advogado, como ensinava o saudoso José Frederico Marques, sujeito especial do processo, porquanto obrigatória a sua atuação. Não só representa a parte, mas vem colocado entre a parte e o juiz, para tratar com este e expor-lhe os pedidos e deduções de seu constituinte ("Manual de Direito Processual Civil", vol 1º, pág. 280).

Como profissional que defende os perseguidos pelo arbítrio do Estado, até em períodos de exceção, goza de prerrogativas, como direito à prisão especial.

Em razão de sua relevante missão, o critério baseado no princípio da confiança prevalece sobre o critério técnico, o que, na espécie, não significa que os recorrentes também não o preenchessem.

Não é por outra razão que Guilherme de Souza Nucci destaca o tema:

17-A. **Contratação de escritório de advocacia:** havendo notória especialização do causídico, bem como um vínculo de confiança entre a Administração e o profissional, por vezes estabelecido em virtude de serviços bem prestados anteriormente, dispensa-se a licitação. Aplica-se o disposto no art. 25, II, c.c.art. 13,V, da Lei 8.666/93.

(Leis penais e processuais penais comentadas, pág.851)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Consultor Jurídico publicou, na internet, em 23 de maio de 2009, texto da lavra do Advogado Fabio Nogueira Rodrigues, a respeito do tema, merecendo destaque o seguinte trecho:

Pelo que salientado até o momento, na atividade de advocacia, o critério da notoriedade e singularidade do objeto é mitigado pelo princípio da confiança, posto que para prestar serviço público essencial à administração da justiça, não é qualquer um, mas sim o bacharel em Direito que foi aprovado em exame de Ordem. Portanto, postulando o advogado em juízo ou exercendo atividade consultiva ou de assessoria, já estamos diante de notoriedade e singularidade do objeto, haja vista não ser qualquer um seio social que possa prestar este serviço público.

.....

..

Portanto, concluo que a contratação de advogado ou escritório de advogados pelos entes públicos por inexigibilidade de licitação é absolutamente possível posto que o advogado exerce com notoriedade sua profissão e todos os serviços que prestam são singulares, uma vez que restritos àqueles inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

(Escritórios podem ser contratados sem licitação-23/5/09, "site" do Consultor Jurídico)

No recurso extraordinário 466.705-3-São Paulo, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, o Min. Eros Grau foi de impressionante precisão, sobre esse tema:

Vale dizer: nesses casos, o requisito da **confiança** da Administração em quem deseje contratar é **subjetivo**; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços --procedimento regido, entre outros, pelo princípio do **julgamento objetivo** -- é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei n. 8.666/93). Ademais, a licitação **desatenderia ao interesse público** na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de **critérios objetivos**, dela não merecesse o mais elevado grau de **confiança**.

Concluo, de tal arte, que, no mérito, assiste inteira razão aos recorrentes, sempre com a devida vênia do douto Relator.

E as nulidades arguidas, referentes a delação anônima, a responsabilidade objetiva dos acusados e falta de atribuição do Ministério Público para investigação isolada ficam, pelo meu voto, prejudicadas, porque o mérito foi decidido em favor dos recorrentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Provejo, pois, os recursos, para trancar a ação penal pelo mérito, prejudicada a matéria preliminar.

(rhc 24862, de minha relatoria)

..

Não há dúvida de que esse tema é tormentoso na doutrina e na jurisprudência. Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", páginas 378/379, deixa assentado:

O grande problema reside na conformação da licitação a ser adotada. Não parece viável selecionar advogados pelo critério de menor preço, exclusivamente. Há a necessidade de avaliação de outros aspectos da atuação do advogado. Isso não significa que a solução seja uma licitação de técnica e preço.

Assim se passa porque a licitação de técnica e preço envolve uma avaliação da proposta formulada pelo licitante, que é analisada sob o prisma das suas virtudes técnicas. Ora, a contratação de advogado envolve uma avaliação de suas qualidades subjetivas. E qualidades subjetivas não podem ser objeto de avaliação no julgamento de propostas numa licitação. Lembre-se que os requisitos de cunho subjetivo são matéria atinente aos requisitos de habilitação, enquanto que a proposta é a concepção apresentada pelo licitante para executar o objeto.

Nem se diga que os requisitos técnicos envolveriam a avaliação da infraestrutura material e dos recursos humanos previstos pelo advogado para a execução do contrato. A natureza das atividades advocatícias independe de tais elementos - os quais podem ser relevantes, mas nunca fundamentais para uma contratação.

Ou seja, o advogado é selecionado em virtude de sua habilidade pessoal, de sua reputação, do seu desempenho anterior e de outras características que se configuram como subjetivas em duas acepções.

Primeiramente, são subjetivas porque têm relação com a pessoa do profissional. São características atinentes à personalidade e a figura pública do sujeito a ser contratado

Mas são subjetivas também no sentido de que a sua avaliação não comporta um julgamento aritmético, preciso e exato. Refletem um juízo de ponderação e conveniência promovido pelo interessado em contratar um advogado.

Como se verifica, a espécie apresenta contornos jurídicos que recomendam, no máximo, sanções administrativas, mas não penais, porquanto eventual violação a lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não atingiu a esfera penal.

Em face do exposto, a despeito de ponderosos os argumentos trazidos pela eminente Relatora, concedo a ordem, para extinguir a ação penal originária, por atipicidade dos fatos imputados ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0029535-9

HC 76.880 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20060149850 37040100010

EM MESA

JULGADO: 21/09/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALDO MÁRIO DE FREITAS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO MARTINS ABRÃO COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) concedendo a ordem, e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) a denegando, a Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 21 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário