



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 81.323 - SP (2017/0040660-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : MARCELO ORNELLAS FRAGOZO
ADVOGADO : CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI - SP296396
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA E DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIMES EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. No caso dos autos, verifica-se que a participação do recorrente na associação criminosa destinada a fraudar a administração municipal foi devidamente explicitada na peça vestibular, tendo o membro da acusação consignado que, na qualidade de assessor jurídico, apoiava o Prefeito Municipal, chefe do grupo, emitindo pareceres padronizados e fora do contexto fático, sem a análise mínima dos procedimentos, cujas irregularidades poderiam ser facilmente detectadas, com o fim único de conferir aparência de legalidade ao ilícito penal, narrativa que lhe permite o exercício da ampla defesa e do contraditório.

3. O Ministério Público descreveu tanto o dolo do recorrente quanto a existência de lesão ao erário público, consubstanciada na contratação decorrente de dispensa de licitação ilegal enquanto a Municipalidade possuía débito não quitado com anterior contratado, e que ensejou a interrupção do fornecimento do objeto do contrato, o que é suficiente para a deflagração da ação penal pela prática do crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993. Precedente.

FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA ATUAÇÃO DO ACUSADO COM DESVIO DE FINALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a participação em crime licitatório pela emissão de parecer jurídico depende da indicação da atuação do acusado com desvio de finalidade, a fim de que não seja responsabilizado penalmente pela sua atuação funcional. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na espécie, há indícios de que o recorrente, na qualidade de Procurador do Município, estava associado aos demais acusados para a prática de crimes contra a Lei de Licitações, e de que os pareceres por ele elaborados não consubstanciaram mero exercício de atividade profissional, mas verdadeira convalidação das ilegalidades perpetradas no curso de procedimentos licitatórios, tanto que estavam dissociados do contexto fático e não continham a análise dos procedimentos autorizados pelo Prefeito, circunstância que impede o trancamento da ação penal, como pretendido.
3. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, 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.
4. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.
5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 81.323 - SP (2017/0040660-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : MARCELO ORNELLAS FRAGOZO
ADVOGADO : CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI - SP296396
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por MARCELO ORNELLAS FRAGOZO contra acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do HC n. 2197378-71.2016.8.26.0000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado como incurso nos artigos 89 da Lei 8.666/1993 e 288 do Código Penal.

Buscando o trancamento do processo, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta o advogado subscritor das razões recursais que a peça vestibular seria inepta, pois os fatos assestados ao réu seriam atípicos.

Entende que o parecer emitido pelos órgãos de assessoramento jurídico dos entes públicos teria caráter meramente opinativo, refletindo a conclusão legal de seu subscritor, que não se confundiria com o ato da autoridade propriamente dita, razão pela qual o profissional que o elaborou não poderia ser penalmente responsabilizado pelo seu conteúdo, que estaria protegido pela imunidade conferida aos advogados no artigo 133 da Constituição Federal.

Salienta que a mera interpretação do texto legal não evidenciaria o dolo do paciente, tendo o órgão acusatório consignado que teria agido com imperícia, inexistindo, assim, na peça vestibular, a descrição de conduta voltada a provocar danos ao erário, como exigido para a configuração do tipo previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

Requer o provimento do reclamo para que a ação penal seja trancada quanto ao recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, às fls. 1339/1341, manifestou-se pelo desprovemento da insurgência.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 81.323 - SP (2017/0040660-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente pela suposta prática dos crimes de quadrilha e contra a Lei de Licitações.

Segundo consta da denúncia, o corréu Rogélio, então Prefeito Municipal de Avaré, a acusada Maria, na qualidade de Diretora do Departamento de Alimentação Escolar na Prefeitura, e o recorrente e Daniela, assessores jurídicos do Departamento de Licitações, após associarem-se para o fim de cometer crimes, dispensaram licitação fora dos casos previstos na legislação especial, beneficiando a empresa Nutricionale Comércio de Alimentos Ltda., que à época dos fatos era comandada exclusivamente por Ale Mussi Faitarone Júnior (e-STJ fls. 21/23).

Conforme apurado, foram celebrados 5 (cinco) contratos entre o Município de Avaré e a aludida empresa, todos em caráter de emergência e sem processo licitatório, tendo como objeto produtos alimentícios destinados à escolas, creches, entidades e funcionários públicos (e-STJ fl. 23).

Tais processos foram iniciados a pedido da corré Maria, e não foram instruídos com parecer jurídico, sendo que 2 (dois) deles tiveram a concordância da acusada Daniela, ao passo que outros 2 (dois) contaram com o parecer favorável do ora recorrente, tendo sido posteriormente autorizados e ratificados pelo denunciado Rogélio (e-STJ fl. 23).

O órgão ministerial explicou que Maria solicitou abertura de procedimento de dispensa de licitação sob o fundamento de que *"a empresa JBS S/A suspendeu temporariamente a entrega desses itens, referentes ao Pregão Presencial nº 070/10"*, tendo o pedido sido deferido por Rogélio, que, após o parecer do recorrente, ratificou a dispensa indevida e assinou contrato direto com a beneficiária no valor de R\$ 50.200,00 (cinquenta mil e duzentos reais), pelo período de vigência de 1 (um) mês, tratando-se de situação de emergência fabricada, pois, pelos documentos fornecidos pela Prefeitura de Avaré, até março de 2011 a entrega de carnes pela empresa JBS estava suspensa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque o Município não vinha quitando seus débitos (e-STJ fl. 29).

Afirmou que o corréu Rogélio deixou de quitar uma dívida no valor de R\$ 68.576,60 (sessenta e oito mil, quinhentos e setenta e seis reais e sessenta centavos) e preferiu assumir uma outra de R\$ 146.390,00 (cento e quarenta e seis mil, trezentos e noventa reais) por 30 (trinta) dias, que depois foi prorrogada por mais 2 (duas) vezes, sendo que durante o mesmo período e sob a mesma justificativa assumiu outro contrato, também por dispensa de licitação, para entrega da mesma mercadoria, por mais R\$ 50.200,00 (cinquenta mil e duzentos reais) (e-STJ fl. 29).

Outra dispensa de licitação foi iniciada a pedido de Maria sob o fundamento de que estava *"no aguardo de encerramento de processo licitatório em andamento"*, tendo o corréu Rogélio deferido o pedido e, após parecer emitido pelo ora recorrente, o ratificado e assinado contrato com a beneficiada no valor de R\$ 41.186,00 (quarenta e um mil, cento e oitenta e seis reais), pelo período de 30 (trinta) dias (e-STJ fl. 30).

O órgão ministerial consignou que, *"à vista de cada um dos cinco processos de Dispensa de Licitação e das justificativas apresentadas perlo requerido, percebem-se diversas irregularidades que evidenciam a chamada 'emergência fabricada'"*, inexistindo provas suficientes das alegadas situações emergenciais capazes de amparar as sucessivas contratações da empresa Nutricionale sem procedimento licitatório (e-STJ fls. 31/32).

Concluiu que o recorrente e a corré Daniela emitiram pareceres padronizados e fora do contexto fático, não analisando minimamente os procedimentos autorizados pelo Prefeito, que facilmente seria tidos por irregulares, agindo com o fim único de conferir legalidade ao ilícito penal (e-STJ fls. 32/33).

Assentou ter restado evidente que os acusados se associaram com o intuito deliberado de praticar crimes contra a Lei de Licitações em benefício de Ale Mussi Faitarone Júnior, fazendo-o com organização, divisão de tarefas e hierarquia organizacional, notadamente escalonada em Rogélio, que chefiava o grupo com o apoio do ora recorrente e de Daniela, assessores que atuavam para dar aparência de legalidade ao objeto ilícito da associação, assim como pelo auxílio de Maria, que operava com solicitações de dispensa infundadas (e-STJ fls. 33/34).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Feito este intróito acerca dos fatos imputados ao recorrente, é necessário ressaltar que 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.

É dever do órgão acusatório, portanto, narrar de forma satisfatória a conduta delituosa atribuída ao agente, descrevendo todas as suas circunstâncias, conforme a norma disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal, para que seja viável o contraditório a ser instituído em juízo.

A doutrina e jurisprudência alinham-se ao apontar os requisitos mínimos de uma peça acusatória, podendo-se citar, por todos, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, 'não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)' (João Mendes Jr.). (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

Na espécie, verifica-se que a participação do recorrente na associação criminosa destinada a fraudar a administração municipal foi devidamente explicitada na peça vestibular, tendo o membro da acusação consignado que, na qualidade de assessor jurídico, apoiava o Prefeito Municipal, chefe do grupo, emitindo pareceres padronizados e fora do contexto fático, sem a análise mínima dos procedimentos, cujas irregularidades poderiam ser facilmente detectadas, com o fim único de conferir aparência de legalidade ao ilícito penal.

Vê-se, assim, que a narrativa exposta é apta ao exercício do direito de defesa constitucionalmente garantido ao acusado, razão pela qual não há que se falar em inépcia da exordial acusatória, já que atendidos todos os requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que, ao contrário do que sustentado nas razões recursais, o Ministério Público descreveu tanto o dolo do recorrente quanto a existência de lesão ao erário público, consubstanciada na contratação decorrente de dispensa de licitação ilegal enquanto a Municipalidade possuía débito não quitado com anterior contratado, e que ensejou a interrupção do fornecimento do objeto do contrato, o que é suficiente para a deflagração da ação penal pela prática do crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993, consoante vem decidindo este Sodalício, a exemplo do seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. HIPÓTESE DE OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, de modo que viabilize a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

5. "O delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 pune a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo, conforme entendimento desta Corte, crime material que exige para a sua consumação a demonstração, ao menos em tese, do dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta" (RHC 87.389/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 6/10/2017).

6. Hipótese em que a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída à ora recorrente - que concorreu para a dispensa indevida de licitação, em hipótese obrigatória, pois existente outra entidade, a Federação de Jiu-Jitsu Esportivo do Distrito Federal - FBJJ, tornando, assim, viável a competição, de modo a evidenciar o dolo específico em causar prejuízo ao erário e o efetivo prejuízo à Administração Pública mediante emissão de parecer favorável à contratação da Federação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jiu-Jitsu de Brasília - FJJB -, tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

(...)

8. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 90.073/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018)

No que se refere à alegação de que o réu não teria agido com dolo, tendo apenas se manifestado, na qualidade de advogado, quanto aos aspectos formais da licitação, agindo de acordo com a imunidade profissional que lhe é conferida pela Constituição Federal, é cediço que esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a participação em crime licitatório pela emissão de parecer jurídico depende da indicação da atuação do acusado com desvio de finalidade, a fim de que não seja responsabilizado penalmente pela sua atuação funcional.

Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. FRAUDE À LICITAÇÃO. EMISSÃO DE PARECER. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO VERIFICAÇÃO. PROPÓSITO DELITIVO DEMONSTRADO. 3. EXISTÊNCIA DE QUADRILHA. ATUAÇÃO PREORDENADA. DIVISÃO DE TAREFAS. CONVALIDAÇÃO DAS ILEGALIDADES POR MEIO DE PARECER. (...) 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do habeas corpus em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Como é cediço, "a imputada colaboração em crime de fraude a licitações pela emissão de pareceres exige fundada indicação de preorientada atuação com desvio de finalidade, para que que não se persiga o procurador municipal pela atuação funcional - de conteúdo sempre livre" (HC 85.724/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015).

3. Pela leitura da denúncia e da sentença em sua integralidade, que há elementos nos autos que denotam o conluio existente entre os condenados, a revelar que os pareceres não se tratavam de mera atuação profissional, mas de verdadeira omissão orientada para a convalidação das ilegalidades perpetradas. Com efeito, as circunstâncias dos autos, relativas ao ardis do falso estado de emergência do município, da ficta especialização da empresa adjudicada em serviços de iluminação e da inverídica insuficiência de mercado concorrencial, além do fato de toda a documentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativa à contratação, inclusive o próprio contrato, possuir data anterior à formalização dos procedimentos, revelam o propósito delitivo, vinculando, assim, subjetivamente, o paciente.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 425.315/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. HIPÓTESE DE OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal 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 na hipótese dos autos. Precedentes. 2. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do writ. Precedentes.

3. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, de modo que viabilize a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

5. "O delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 pune a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo, conforme entendimento desta Corte, crime material que exige para a sua consumação a demonstração, ao menos em tese, do dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta" (RHC 87.389/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 6/10/2017).

6. Hipótese em que a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída à ora recorrente - que concorreu para a dispensa indevida de licitação, em hipótese obrigatória, pois existente outra entidade, a Federação de Jiu-Jitsu Esportivo do Distrito Federal - FBJJ, tornando, assim, viável a competição, de modo a evidenciar o dolo específico em causar prejuízo ao erário e o efetivo prejuízo à Administração Pública mediante emissão de parecer favorável à contratação da Federação de Jiu-Jitsu de Brasília - FJJB -, tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

7. "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 337.751/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 1º/2/2016).

8. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 90.073/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/1993. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. 2. DENÚNCIA. FATOS ADEQUADAMENTE NARRADOS. OCORRÊNCIA. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. POSSIBILIDADE. 3. IMUNIDADE DO ADVOGADO. CLÁUSULA ASSECURATÓRIA SUBMETIDA AOS LIMITES LEGAIS. 4. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PARECER JURÍDICO OFERTADO. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 5. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento da ação penal em sede de recurso ordinário em habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória, o que não se verificou na espécie.

2. De se notar que a descrição da pretensa conduta delituosa foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 41 do Código de Processo Penal.

3. A prática de atos pelo advogado submete-se e restringe-se ao exame da estrita legalidade, não podendo ser invocada a imunidade profissional, que não é absoluta, para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos, pois, do contrário, apresentar-se-ia de modo inconciliável com a dignidade da profissão, atentando contra todo o conjunto normativo que lhe rege o exercício regular e legítimo.

4. 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.

5. Ordem denegada.

(HC 337.751/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016)

Na hipótese em tela, como visto, há indícios de que o recorrente, na qualidade de Procurador do Município, estava associado aos demais acusados para a prática de crimes contra a Lei de Licitações, e de que os pareceres por ele elaborados não consubstanciaram mero exercício de atividade profissional, mas verdadeira convalidação das ilegalidades perpetradas no curso de procedimentos licitatórios, tanto que estavam dissociados do contexto fático e não continham a análise dos procedimentos autorizados pelo Prefeito.

Ademais, é imperioso consignar que se sedimentou na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

*"No **habeas corpus**, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita" (Manual de processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 394).

Por oportuno, conveniente registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, a qual somente deve ser repelida quando não houver prova da existência de crime ou de indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando se estiver diante de flagrante causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, ou se encontrar extinta a punibilidade.

E como o remédio constitucional não é o instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos, não há como se valorar os elementos de convicção até então colacionados, como pretende agora a defesa, para perquirir se haveria indícios suficientes de que o recorrente teria praticado os crimes descritos na inicial, ou se teria agido nos estritos limites da função de advogado.

Com efeito, para debate dessa natureza reserva-se ao réu o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela que pode ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do *writ*.

Portanto, qualquer conclusão diversa, na via eleita, consoante vem decidindo esta colenda Turma, inevitavelmente levaria à vedada análise de provas em sede de *habeas corpus*.

Nessa esteira:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. 2. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO VERIFICAÇÃO. 3. IMUNIDADE DE ADVOGADO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE REVELA DE PLANO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

2. Da leitura da denúncia, é possível verificar todos os elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do tipo penal imputado ao recorrente. Com efeito, os denunciados deram causa a instauração de ação penal por abuso de autoridade, a qual foi julgada improcedente, uma vez que as condutas imputadas às autoridades policiais estavam inseridas no exercício legal de suas profissões. Ademais, consignou-se que o recorrente tinha condições de saber que os fatos "não configuravam crime de abuso de autoridade e sim mister da profissão de policiais civis".

3. As questões atinentes a eventual atuação do recorrente sob o manto da imunidade profissional, bem como em relação a sua efetiva consciência ou não da veracidade das informações constantes da representação criminal apresentada, cuidam-se de matérias de mérito, que devem ser melhor analisadas durante a instrução processual. Com efeito, referidas constatações dependem da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas, o que é incompatível com o rito sumário do mandamus.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 81.963/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 14/06/2017)

Assim, estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente inconformismo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a medida excepcional por esta via, já que tal conclusão dependeria, repita-se, de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0040660-0

RHC 81.323 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0030000 1277/2016 12772016 21973787120168260000 30000 RI003LTPX0000

EM MESA

JULGADO: 15/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MARCELO ORNELLAS FRAGOZO
ADVOGADO	: CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI - SP296396
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: ROGELIO BARCHETTI URREA
CORRÉU	: MARIA CRISTINA CHECHE FERREIRA
CORRÉU	: DANIELA SEGARRA ARCA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.