

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco:

Habeas Corpus preventivo.

Impetrantes: Célio Avelino de Andrade;
Pedro Avelino de Andrade;
Leonardo Quercia Barros.

Paciente: Luiz Augusto Barros Júnior.

Autoridade coatora: o MM. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Araripina, nos autos da ação penal nº 0000489-87.2013.8.17.0210.

Célio Avelino de Andrade, brasileiro, casado, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, sob o nº 2726, **Pedro Avelino de Andrade**, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, sob o nº 30849 e **Leonardo Quercia Barros**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, sob o nº 29180, todos com escritório na Rua Imperador Pedro II, 7º andar, salas 701/702, Ed. Armando Monteiro Filho, na cidade do Recife-PE, vêm, com arrimo no art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar em favor de **Luiz Augusto Barros Júnior**, brasileiro, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, sob o nº 18993, com domicílio na Rua Ana Ramos Lacerda, 245, sala 3, Centro, Araripina – PE, ordem de **HABEAS CORPUS PREVENTIVO**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araripina, nos autos da ação penal nº 0000489-87.2013.8.17.0210, para o que passam a expor e requerer o seguinte:

I. Breve histórico.

O paciente foi denunciado em 6 de junho de 2012 pelo então Subprocurador Geral de Justiça de Pernambuco – hoje Desembargador – Erik de Souza Dantas Simões, por ter, supostamente, na qualidade de procurador municipal, infringindo o artigo 89¹ da Lei nº 8.666/93.

A competência inicial para processar e julgar a ação penal objeto deste *writ* era da colenda Corte Especial desse egrégio Tribunal de Justiça em virtude do mandato em vigor de prefeito do corréu Luiz Wilson Ulisses Sampaio.

Acontece que esse mencionado corréu não mais exerce o cargo político, tendo o eminente Desembargador Marco Maggi, Relator da ação penal originária, determinado a remessa dos autos para a primeira instância:

“Considerando a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ADIN Nº 2797, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, não subsiste mais a competência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar Ex-prefeito. Através de pesquisa a Página oficial do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco - TRE - PE, observa-se que o Sr. LUIZ WILSON ULISSES SAMPAIO não mais exerce o cargo de Prefeito do Município de ARARIPINA-PE, e nem foi eleito a nenhum outro cargo nas eleições de 2012 que enseje o Foro privilegiado a este Egrégio Tribunal de Justiça. Assim sendo, remetam-se os autos ao Juízo de primeiro grau, dando-se baixa na distribuição. Recife, 28 de janeiro de 2013.
Marco Antônio Cabral Maggi”

¹ 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.

Descido os autos para primeira instância, e após sua citação, o paciente apresentou **resposta à acusação** evidenciando, em preliminares, a ausência de condição de procedibilidade e de justa causa para o prosseguimento da ação penal, tendo, todavia, o MM. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Araripina, autoridade aqui apontada como coatora, recebido a denúncia nos seguintes termos:

“Nas fls. 2.281/2.292, defesa de LUIZ AUGUSTO BARROS JÚNIOR, arguindo matéria de defesa que em parte se encontra superada com o retorno dos autos a esse juízo e alegando que apenas emitiu parecer apenas opinativo sobre a inexigibilidade de licitação e outros não podendo ser responsabilizado criminalmente por sua opinião, e esta alegação é de alta indagação e se confunde com o próprio mérito da acusação e será oportunamente apreciada por este juízo.

Assim, não vejo nos conteúdos das defesas acima mencionadas, argumentos ou provas capazes de tornar insubsistente a denúncia de fls. 02/30, pelo que, recebo a referida denúncia porque, além do que já afirmei anteriormente sobre as defesas prévias, há nos autos, notícia da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria, que justificam a instauração da relação jurídica processual penal.” **(doc. 1)**.

Não há, em realidade, *data venia*, como sustentar a acusação que pesa sobre o paciente, sendo desse egrégio Tribunal de Justiça trancar a ação penal, em relação ao mesmo, pelos motivos doravante expostos.

II. Trancamento da ação penal.

1. Ausência de justa causa. Conduta atípica.

A conduta atribuída ao paciente está assim descrita na denúncia:

“III – DA DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS.

O denunciado Luiz Wilson Ulisses Sampaio, em conluio com os membros da Comissão Permanente de Licitação – Maria de Fátima Granja Ferreira, Fabiana Maria Pereira Leite e Sinclair Engell de Alencar Ferreira –, bem como com os **Assessores Jurídicos** do Município – Leonardo de Pauta Gomes Cruz e **Luiz Augusto Barros Júnior** –, dispensou indevidamente procedimentos licitatórios para a contratação de serviços, favorecendo com isso as empresas Pra Tudo Empreendimentos Ltda. - ME e Construtora Plena Ltda. – ME e, em consequência, seus sócios administradores – Alberto José da Silva e Pedro Henrique de Farias Batista, respectivamente (fls. 03 a 12, 69 a 79, 97 a 110 e 261 a 267, Volume Principal).

(...)

Os Assessores Jurídicos, por sua vez, emitiram parecer ratificando a justificativa adotada para as dispensas (fls. 515, 569 e 563, Volume 2, Anexo II).

(...)

Por seu turno, os membros da Comissão Permanente de Licitação concorreram para o crime ao instaurar e dar seguimento à dispensa fora das hipóteses legais (fls. 442, 516, 544, 567, 628, 62.9, 677 e 678, Volume 2, Anexo 11), **ao passo que os Assessores Jurídicos colaboraram com a emissão de parecer considerando regular dispensas flagrantemente ilegais** (fls. 515, 569, e 653, Volume 2, Anexo II).” **(doc. 2)**

Não contém, essa narração, a necessária e indispensável descrição da conduta dolosa atribuída ao paciente, como foi o seu agir, onde residia o dolo ou, pelo menos, a culpa, pelo que a narração é de conduta atípica.

O paciente não pode estar no polo passivo de uma ação penal simplesmente porque, na qualidade de

advogado, emitiu um parecer em um processo de dispensa de licitação que o Ministério Público entendeu ilegal. O paciente, como advogado que é, ofereceu parecer no aludido processo licitatório, parecer esse que, além de embasado na documentação existente, não vincula o administrador da edilidade.

Ressalte-se que na época dessas licitações estava em pleno vigor o Decreto Municipal nº 352/2009 (**doc. 3**), que declarava a situação de emergência em Araripina, diploma legal esse referido na denúncia e constante dos autos. O parecer da lavra do paciente teria que ser – como foi – baseado na legislação vigente, no caso o Decreto Municipal referido e a Lei nº 8.666/93, inexistindo qualquer “*conluio*” com o Prefeito do Município e membros da Comissão Permanente de Licitação.

Veja-se os termos do parecer tido como “prova” do crime:

“Analisando o processo de dispensa com base no Art. 24, inciso IV da Lei nº 8666/93 e conforme Decreto Municipal nº 352/09, referente ao processo licitatório nº 009/2009, Dispensa nº 008/2009. Objeto: contratação de empresa de engenharia para execução dos serviços de recuperação de galerias de esgotos em diversas ruas deste município, com base no menor preço global. Atesto que o mesmo está elaborado de acordo com Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores.” (**doc. 4**).

Ora, o advogado, ao emitir um parecer, está exercendo a sua profissão de maneira livre e independente, não podendo ser responsabilizado criminalmente pelo conteúdo do aludido parecer, a não ser que se demonstre, no oferecimento da denúncia, a existência de dolo, sob pena do trancamento da ação penal.

Em situação idêntica – denúncia contra prefeito, advogado e assessor jurídico da prefeitura, membros da Comissão Permanente de Licitação e administradores de empresas

privadas – o egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região determinou o trancamento da ação penal em relação ao advogado e assessor jurídico:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO PARA LEGITIMAR CERTAME LICITATÓRIO SUPOSTAMENTE IRREGULAR. NATUREZA OPINATIVA. NÃO VINCULAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. Não há que se falar em justa causa para o recebimento da denúncia baseada na emissão de parecer jurídico de natureza meramente opinativa, sem poder de vinculação da autoridade administrativa.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS-24631/DF, rel. Min Joaquim Barbosa, j. 09.08.2007; MS-AgR-27867/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 18.09.2012).

III. Precedentes deste eg. Regional: APN-334/AL, rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, j. 01.12.2010; HC-5295/RN, rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, j. 11.02.2014.

IV. Ordem concedida para trancar, em relação ao ora paciente, a Ação Penal nº 0000456-25.2013.4.05.8404”. (TRF-5, HC nº 5412/RN, 4ª Turma, Des. Rel. Ivan Lira de Carvalho, Julgamento em 15 de abril de 2014).

É o entendimento, inclusive, do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS.

SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO. 1. Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal. **2. O regular exercício da ação penal – que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado – exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Faltando o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal. Precedentes do STJ e do STF.** 3. Ordem concedida para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Pacientes, tendo em vista a ausência de elementos probatórios mínimos, os quais, se e quando verificados, poderão subsidiar nova denúncia, nos termos do art. 43, parágrafo único, do Código de Processo Penal. (HC 46906 DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 17/12/2007, 5ª Turma).

“EMENTA. PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

O *habeas corpus*, marcado por cognição sumária e rito célere, não comporta o exame da alegada inexigibilidade de licitação, que, para seu deslinde, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O advogado é inviolável pelas manifestações exaradas no exercício de sua profissão, nos termos do art. 133, da Constituição da República.

Exarando, o Procurador do Município, parecer jurídico, atuando não como simples agente administrativo, mas como advogado que, no desempenho de suas funções, é inviolável em suas manifestações, mormente sendo o seu parecer homologado pelo Órgão do qual pertence, inexistindo demonstração de ter agido com dolo ou culpa, não há justa causa para a continuidade da ação penal.

Habeas corpus CONCEDIDO para trancar, por falta justa causa, a ação penal originária nº 70008685562/2004, em trâmite na Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.” (STJ, HC nº 43.822/RS, Rel. Ministro Paulo Medina, Data de Julgamento: 26/09/2006).

O Conselho Federal da OAB, no esteio do entendimento dos Tribunais, editou a Súmula nº 5/2012, por seu Conselho Pleno, que preconiza o seguinte:

“ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou

criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).”

Não se pode, assim, prosperar ação penal contra advogado que emitiu mero parecer jurídico, sem ter efetivamente concorrido para ações irregulares ocorridas na execução de verbas públicas.

E o paciente, agindo rigorosamente dentro dos limites da sua função, não pode ser acusado de uma conduta dolosa, que não cometeu, nem ser responsabilizado criminalmente por seus pareceres jurídicos, principalmente quando o tema tratado – dispensa de licitação – não é pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. INTENÇÃO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONDUTA. ATIPICIDADE. CONTRATAÇÃO. ADVOGADO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. QUESTÃO CONTROVERTIDA NA ÉPOCA DOS FATOS. IN DUBIO PRO REO. APLICAÇÃO. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, **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.** 2. Hipótese em que os recorrentes

foram condenados como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por terem contratado serviços advocatícios prestados por uma mesma profissional, com breve intervalo de tempo entre as contratações, entre os anos de 1999 e 2000, sem licitação ou concurso público. 3. Em momento algum as instâncias ordinárias afirmaram ter havido a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos ou terem sido exorbitantes os valores pagos, porém reconheceram expressamente que foram prestados os serviços contratados. 4. Se, no âmbito da comunidade jurídica, à época das contratações, era controvertida a própria necessidade de licitação para a contratação de advogado, em razão do disposto no art. 13, V, da Lei n. 8.666/1993, não há como condenar-se pela sua dispensa, sendo necessário fazer valer o princípio do in dubio pro reo. 5. **Recursos especiais providos para absolver os recorrentes**, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. (REsp 1185582 SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 21/11/2013. 6ª Turma).

2. Ausência de condição de procedibilidade.

O princípio constitucional do devido processo legal exige, ao lado do Juiz natural, o Acusador natural. Entretanto, no caso dos autos, esse princípio foi violado, pois quem assina a petição inicial, quem pretende instaurar a ação penal é Subprocurador-Geral de Justiça, quando a atribuição é exclusiva do Procurador Geral de Justiça.

Embora conste que o douto subscritor da petição inicial o faça “*por delegação expressa, contida na Portaria POR-PGJ Nº 695/2012, publicada no dia 19 de fevereiro de 2012*” (denúncia, doc. 2), tal não se dá. Compulsando aqueles autos, não se encontra a “*delegação expressa*” a que alude a inicial. Por outro lado,

sendo o dia 19 de fevereiro de 2012 um domingo, quando não há circulação do DOE, devendo, pois, a indicação contida na denúncia ser fruto de um engano do seu digno subscritor.

Em situação absolutamente idêntica a presente, quando uma petição inicial foi assinada pelo eminente Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, doutor Paulo Bartolomeu Rodrigues Varejão, a colenda Corte Especial desse egrégio Tribunal rejeitou a denúncia formulada contra o Deputado Estadual Daniel Pires Coelho (processo nº 236450-7), com a seguinte ementa:

“EMENTA PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. DEPUTADO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. AJUIZAMENTO E ATUAÇÃO. LCE Nº 12/94. **ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, NO EXERCÍCIO DA REPRESENTAÇÃO LEGAL DO MPPE.** PEÇAS PROCESSUAIS, INCLUSIVE A PETIÇÃO INICIAL, SUBSCRITAS POR OCUPANTE DE CARGO MINISTERIAL DIVERSO, DESPROVIDO DE LEGITIMIDADE. **PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INOBSERVÂNCIA. VÍCIO DE NULIDADE INSANÁVEL. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. CPP, 395, II. DENÚNCIA REJEITADA.**

1. No Estado de Pernambuco, e ressalvada a competência da Justiça da União, compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente "os Deputados Estaduais, nos crimes comuns" (Constituição do Estado, art. 61, nº I, 'b', e LCE nº 100/07, art. 26, nº I, 'b'), como é o caso da ação penal pública versada na espécie, cuja promoção, também por comando de matiz constitucional, é função institucional privativa do Ministério Público (Constituição do Estado, art. 67, § 2º, nº I).

2. Mercê de expressa previsão constitucional (Constituição do Estado de

Pernambuco, art. 68, par. único), a Lei Complementar Estadual nº 12/94, para além de deixar claro que o Procurador-Geral de Justiça exerce "a chefia do Ministério Público, representando-o judicial e extrajudicialmente", assenta-lhe caber, como "órgão de Execução", ajuizar "ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça, nela oficiando" (LCE nº 12/94, arts. 7º, nº I, 'a' e nº III, 9º, cabeça e nº I, e 10, caput e nº IV). 3. No caso concreto, que consiste em denúncia contra deputado estadual por fatos reputados criminosos, eis que tipificados nos arts. 304 e 312, combinados com o art. 69, todos do CPB, e para o qual não há se cogitar da delegação administrativa prevista no nº VIII do art. 10 da LCE nº 12/94, a representação legal do MPPE titular da ação penal pública incondicionada reiteradas vezes se deu por quem, não sendo o Procurador-Geral de Justiça, por ele - ainda que por inadvertência - se fez passar, realidade subjacente essa que, por inobservância das regras processuais de competência em razão da prerrogativa de função, de natureza absoluta, impõe a rejeição da denúncia por ausência de condição de procedibilidade (CPP, art. 395, nº II). Vício irremissível, por sinal, na medida em que configura grave ofensa ao princípio do acusador natural que compõe, ao lado do princípio do juiz natural, o devido processo legal sufragado no art. 5º, nºs. LIII e LIV, da Carta Magna. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos do Processo-crime (denúncia) nº 0236450-7, em que figuram, como autor, Procurador-Geral de Justiça, e, como denunciado, Daniel Pires Coelho, por maioria ACORDAM os Desembargadores da Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco em rejeitar a denúncia, por insubsistente, sem prejuízo da oferta de outra, desta feita com observância do arcabouço normativo próprio, consoante relatório, votos e ementa que integram este

acórdão. Recife, 10 de setembro de 2012
Des. Fernando Eduardo Ferreira Relator.”

Nesse processo, o eminente Desembargador Relator Fernando Ferreira votou pela rejeição da denúncia, sendo acompanhado pelos Excelentíssimos Desembargadores Antônio de Melo e Lima, Gustavo Lima, Ricardo Paes Barreto, Adalberto Melo, Marco Maggi, Sílvio Beltrão e Jones Figueiredo, vencidos os Desembargadores Alberto Virgínio, Cândido Saraiva e Eduardo Paurá.

Evidenciado está que o paciente sofre constrangimento ilegal por se ver denunciado numa ação penal imputando-o a conduta delituosa prevista no art. 89 da Lei nº 8.666 quando, em verdade, apenas exerceu o seu mister ao oferecer o parecer em vigilância das normas legais pertinentes.

Assim, prestadas as informações pela digna autoridade aqui apontada como coatora, ouvido o douto representante do Ministério Público, é desse egrégio Tribunal de Justiça conceder a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal nº 0000489-87.2013.8.17.0210, em relação ao paciente, em trâmite na 2ª Vara da Comarca de Araripina.

Pedem deferimento.
Recife, 16 de maio de 2014.

Célio Avelino de Andrade
Advogado OAB-PE 2726.

Pedro Avelino de Andrade
Advogado OAB-PE 30849.

Leonardo Quercia Barros
Advogado OAB-PE 29180