

**HABEAS CORPUS Nº 464.498 - SP (2018/0207578-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : NIVALDO XAVIER DOS SANTOS  
**ADVOGADO** : NIVALDO XAVIER DOS SANTOS - SP245237  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : VIVIANE DE MELO BARATELLA  
**OUTRO NOME** : VIVIANE BARATELLA ALBERTIM

**EMENTA**

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

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos (HC n. 307.842/BA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/12/2017).

2. A única imputação diz respeito à emissão de parecer jurídico opinativo pela dispensa de licitação para contratação de serviço especializado de advocacia. A mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia em face da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

3. Diante disso, a inicial não destaca nenhum outro elemento capaz de vincular a paciente à empreitada criminosa. A mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia, em razão da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para trancar a Ação Penal n. 1002294-80.2017.8.26.0238, em trâmite na 2ª Vara da comarca de Ibiúna/SP, ante a atipicidade da conduta imputada à paciente.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz denegando a ordem, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, e o voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro concedendo o *habeas corpus*, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, por maioria, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Laurita Vaz. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de setembro de 2019 (data do julgamento).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



**HABEAS CORPUS Nº 464.498 - SP (2018/0207578-8)**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Viviane de Melo Baratella** (ou Viviane Baratella Albertim) contra ato coator proferido pela Sétima Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada, reputando hígida a inicial acusatória e mantendo a persecução instaurada no Processo n. 1002294-80.2017.8.26.0238, no qual se imputa a suposta prática de conduta descrita no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, conforme os termos da seguinte ementa (fl. 21):

*Habeas corpus* com pedido liminar - Licitação - Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais - Pretensão de trancamento da ação penal por ausência de justa causa - Inviabilidade - Medida que é excepcional e demanda demonstração da ausência de justa causa *prima facie* - Impetração que não logrou êxito em demonstrar, de plano, a ausência de justa causa para a ação penal - Presença dos elementos indiciários suficientes para a persecução penal - Tese de ausência de demonstração do elemento subjetivo que será analisada durante a ação de conhecimento - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem denegada.

O impetrante narra, em síntese, que a paciente foi denunciada pela suposta prática de condutas descritas no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, *c/c* o art. 29 do Código Penal e no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, na forma do art. 71, *caput*, *c/c* o art. 29, ambos do Código Penal, consistindo a sua participação na emissão de parecer jurídico na qualidade de procuradora municipal.

Alega que a paciente atuou no processo administrativo na fase inicial de análise de compatibilidade entre o objeto da empresa e a possível adequação à Lei n. 8.666/1993 para dispensa de licitação. Afirma que foi emitido parecer opinativo, ressaltando caber a apreciação do Secretário de Negócios Jurídicos.

Sustenta que a denúncia narra fato absolutamente atípico e que não há crime algum em emitir parecer jurídico opinativo não vinculativo, ainda que as suas conclusões não sejam as mais adequadas, pois ao advogado é dado o livre exercício profissional e a liberdade em suas convicções e conclusões, nos termos

# Superior Tribunal de Justiça

do art. 133 da Constituição Federal e do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/1994.

Acrescenta não existir nos autos a efetiva ou mesmo indireta comprovação de ato ou omissão praticado com dolo ou culpa pela paciente ou, ainda, a real existência de prejuízo ao erário público. Nesse sentido, de acordo com remansosa jurisprudência, o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico e do efetivo dano ao Erário, o que não ficou demonstrado na conduta da paciente.

Aduz não haver indícios de autoria ou interesse de agir do Ministério Público em relação à paciente. As capitulações atribuídas pelo *Parquet* se mostram vazias e desproporcionais à conduta que lhe é imputada, especialmente em relação à imputação de crime de responsabilidade. Também sob essa ótica é evidente que inexistente justa causa para a aceitação de denúncia.

Pede o trancamento da Ação Penal n. 1002294-80.2017.8.26.0238, em trâmite na 2ª Vara Criminal da comarca de Ibiúna/SP, em relação à paciente (fls. 3/19).

Liminar indeferida às fls. 239/240.

Informações prestadas às fls. 244/469 e 470/694.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *habeas corpus*, tendo em vista ter sido impetrado o presente *writ* em substituição ao recurso ordinário (fls. 697/701).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 464.498 - SP (2018/0207578-8)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): É**

cedido que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional.

Isso posto, constam os seguintes trechos da inicial acusatória, em relação à paciente (fls. 43, 62 e 69/70 – grifo nosso)

7) Consta, por fim, que os denunciados JAMIL PRADO, ex-Secretário de Administração, e VIVIANE BARATELLA ALBERTIM, procuradora do Município, concorreram para a prática de todos crimes acima descritos. O primeiro, porque em 16 de maio de 2011, sem qualquer justificativa, solicitou ao Departamento de Compras a contratação de uma empresa para "Serviços Técnicos Especializados de Consultoria e Assessoria Jurídica Tributária Previdenciária", apresentando desde do início a empresa CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS. **A segunda porque, em 20 de maio de 2011, também dolosamente, ofereceu parecer jurídico genérico, não fazendo análise alguma do processo de inexigibilidade de licitação e da escolha direta do escritório CASTELLUCCI.**

[...]

Conforme restou apurado, através do procedimento de inexigibilidade n. 06/2011, o Município de Ibiúna-SP, representado pelo Prefeito Municipal COITI MURAMATSU, efetuou a contratação direta do escritório CASTELLUCCI FIGUEIREDO ADVOGADOS ASSOCIADOS com o objetivo de prestar Serviços Técnicos Especializados de Consultoria e Assessoria Jurídica Tributária Previdenciária. Entretanto, a contratação foi feita sem qualquer justificativa, sugerida pelo então Secretário de Administração, JAMIL PRADO, **e acompanhada pela Consultora Jurídica, VIVIANE BARATELLA ALBERTIM, que emitiu parecer jurídico sem qualquer abordagem ao caso concreto.**

[...]

Quanto aos demais denunciados, COITI MURAMATSU, JAMIL PRADO, VIVIANE BARATELLA ALBERTIM e EDUARDO ANSELMO DOMINGUES NETO, outrossim, as provas colhidas na fase de investigação demonstram, com a segurança necessária, que eles concorreram de forma livre e consciente para os crimes a eles imputados nesta peça vestibular acusatória. No ponto, vários fatores tornam inequívoca a má-fé também destes denunciados, os quais tiveram participação direta na contratação ora atacada:

(i) A prefeitura de Ibiúna contava à época com procuradores jurídicos e outros servidores aptos a desempenharem os serviços que foram delegados à empresa CASTELLUCCI, mesmo porque são eles que realizam mensalmente os cálculos da contribuição previdenciária;

(ii) Quando do oferecimento dos serviços à Prefeitura de Ibiúna pelo

# *Superior Tribunal de Justiça*

escritório contratado, sequer foram apresentados documentos que atestassem a "notória especialização" do escritório CASTELLUCCI e de seus advogados;

(iii) Quando da contratação da empresa CASTELUCCI, a Receita Federal já havia autuado várias Prefeituras do interior do Estado de São Paulo, justamente em razão das fraudulentas compensações tributárias que estavam sendo realizadas nestes municípios pelas empresas do grupo FINBANK ou pela própria CASTELUCCI, por meio de contratos com o mesmo objeto;

(iv) Quando da contratação da empresa CASTELUCCI, a empresa FINBANK e o denunciado JOSÉ JARBAS PEREIRA já haviam sido condenados pelo Juízo da Comarca de Itaí em ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa à sanção de proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 (cinco) anos, pela prática de atos análogos aos descritos nesta inicial. Referida sentença foi confirmada pelo TJSP e transitou em julgado no dia 24.04.2015 (Processo n. 0000001-46.1998.8.26.0263).

(v) Quando da efetivação de grande parte dos pagamentos, já era do conhecimento dos denunciados o Comunicado SDG n. 32/2013 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (publicado no DOE em 29.08.2013), o qual alertou as Administrações Municipais sobre a ilegalidade e ofensa ao princípio da economicidade na contratação de empresas que indicam valores supostamente recolhidos a maior ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e sobre os mesmos auferem percentuais de 15% a 20% a título de honorários. Apesar do explícito comunicado, o denunciado EDUARDO ANSELMO aditou o Contrato n. 47/2011, o que acarretou pagamento de honorários à CASTELUCCI, em prejuízo ao erário municipal, em atitude de dolo manifesto.

Agindo desta forma, tem-se que a partir de uma contratação direta firmada às margens da Lei Federal n. 8.666/93 (inexigibilidade) e com a conivência dos denunciados JAMIL PRADO e VIVIANE BARATELLA ALBERTIM, a municipalidade representada por EDUARDO ANSELMO DOMINGUES NETO repassou de forma ilegal 20% de tudo recebido a título de repetição de indébito (autocompensação), pertencente aos cofres públicos, ao escritório de advocacia de ALÉCIO CASTELUCCI, desviando, em proveito deste e dos denunciados JOSÉ JARBAS e TIAGO, rendas públicas.

O Tribunal local se manifestou sobre a questão nos autos do HC n. 2109930-89.2018.26.0000 pelos seguintes termos (fls. 24/25 – grifo nosso):

Frise-se que, de plano, não restou demonstrada a inequívoca ausência de justa causa para a instalação da ação penal, pois presentes elementos indiciários mínimos a ensejar o recebimento da denúncia, que se encontra formalmente em ordem.

Por outro lado, não se pode adentrar no mérito por esta esteira via, sob pena, inclusive, de ferir o Princípio do Juiz Natural, tendo em vista a competência originária para conhecer da causa.

# Superior Tribunal de Justiça

**Contudo, pelo que se retira dos autos, a paciente, enquanto Procuradora do Município, teria "oferecido parecer jurídico genérico, não fazendo análise alguma do processo de inexigibilidade de licitação e da escolha direta do escritório CASTELUCCI" (fls. 33). Portanto, há, ao menos a princípio, configuração de fato definido como crime, nos termos do art. 89 da Lei 8.666/93, o qual deve ser apurado.**

A propósito, assim já se decidiu:

"o trancamento de ação penal somente se justifica quando resultar clara e indubitosa a improcedência da acusação. Portanto, existindo em tese crime definido da denúncia, descabe habeas corpus, com o escopo de trancar a ação penal." (RT 777/638)

E quanto à ausência de dolo ou culpa, tem-se que é matéria que demanda prova e será analisada pelo MM. Juízo a quo, no momento oportuno. Além de que, o elemento subjetivo do tipo não afasta os indícios de materialidade e de autoria que exsurgem dos autos.

A apreciação fática arguida no presente remédio heroico implica exame aprofundado de provas. E a via estreita do habeas corpus não se presta à atividade cognitiva plena, que deve ser realizada somente no curso da ação penal.

Com efeito, há nos autos elementos suficientes a ensejar a instalação da ação penal em face da paciente, posto que há indícios de que ela teria praticado o crime de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei. Não está demonstrado o alegado constrangimento ilegal, o que seria de rigor que ocorresse de plano.

Portanto, inexistente a possibilidade de trancamento da ação penal pelos fundamentos apresentados na impetração do presente *writ*, ressaltando que há elementos indiciários mínimos para o seu prosseguimento.

Com efeito, nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos (HC n. 307.842/BA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/12/2017).

*In casu*, ao meu sentir, a conduta imputada é flagrantemente atípica.

A única imputação à paciente, advogada, procuradora do município de Ibiúna/SP, diz respeito à emissão de parecer jurídico opinativo pela dispensa de licitação para contratação de serviço especializado de advocacia.

A exordial se limita a indicar que a paciente, em 20/5/2011, dolosamente,

# Superior Tribunal de Justiça

ofereceu parecer jurídico genérico, não fazendo análise alguma do processo de inexigibilidade de licitação e da escolha direta do escritório Castellucci. Essa descrição não contemplou a exigência jurisprudencial de individualizar uma preordenação prévia, um desvio de finalidade. A mera emissão de parecer, sem qualquer abordagem ao caso concreto, não indica colaboração na empreitada criminosa, mas apenas, no máximo, uma desídia profissional.

A remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou que a mera emissão de parecer opinativo se encontra sob a inviolabilidade dos atos e manifestações da atividade de advocacia, em razão da essencialidade do advogado à atividade jurisdicional, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. PROCURADORA MUNICIPAL. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA APROVAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO E DA MODALIDADE DE CERTAME ESCOLHIDA. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO APTO A DEMONSTRAR A PARTICIPAÇÃO NO ULTERIOR DESVIO DE VERBAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

1. Fica evidenciada a atipicidade da conduta da Paciente, uma vez que não foi acusado da prática do ato tido por ilícito - contratação direta da empresa, em tese, indevida -, tampouco lhe foi atribuída eventual condição de partícipe do delito. De fato, foi denunciada apenas pela simples emissão de pareceres jurídicos, 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 à ora Paciente, 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 n. 461.468/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/10/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA DE CARÁTER



EXCEPCIONAL. 2. DENÚNCIA QUE IMPUTA OS CRIMES DOS ARTS. 288, 297, § 1º, 312 e 313-A, DO CP, 90 DA LEI 8.666/1993, ART. 1º, § 1º, V E VI, DA LEI 9.613/1998, C/C ARTS. 29 E 69 DO CP. CONDUTA DE EMITIR PARECER EM LICITAÇÃO. VÍNCULO SUBJETIVO COM O PROPÓSITO DELITIVO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

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. Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível com o rito sumário do mandamus.

2. Não obstante a descrição da sucessão de atos que culminaram na prática de vários crimes, no que toca ao paciente, a denúncia apenas aponta que ele emitiu parecer favorável, na qualidade de Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Senador Pompeu/CE, sem nenhuma circunstância que o vincule, subjetivamente, ao propósito delitivo.

Tal deficiência, à evidência, prejudica o exercício da defesa, porquanto emitir pareceres faz parte da rotina de um advogado de ente público em âmbito administrativo, de forma que a descrição desse ato, por si só, não é suficiente para a configuração de nenhum dos crimes imputados ao recorrente, o que revela, de forma patente e manifesta, a inépcia da exordial com relação a todos os crimes imputados ao recorrente.

3. Recurso em habeas corpus provido, para trancar a Ação Penal n. 5660-03.2012.8.06.0166, apenas com relação recorrente, em virtude da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida, em obediência à lei processual.

(RHC n. 44.582/CE, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/5/2017)

Diante disso, ainda que assim não fosse, a inicial não destaca nenhum outro elemento capaz de vincular a paciente à empreitada criminosa e não individualiza conluio prévio com o objetivo de fraudar a licitação, causando prejuízo ao ente público.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para trancar a Ação Penal n. 1002294-80.2017.8.26.0238, em trâmite na 2ª Vara da comarca de Ibiúna/SP, ante a atipicidade da conduta imputada à paciente.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2018/0207578-8

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 464.498 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10022948020178260238 20180000538444 21099308920188260000

EM MESA

JULGADO: 14/05/2019

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : NIVALDO XAVIER DOS SANTOS  
ADVOGADO : NIVALDO XAVIER DOS SANTOS - SP245237  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : VIVIANE DE MELO BARATELLA  
OUTRO NOME : VIVIANE BARATELLA ALBERTIM  
CORRÉU : TIAGO RODRIGO PEREIRA  
CORRÉU : COITI MURAMATSU  
CORRÉU : JAMIL PRADO  
CORRÉU : EDUARDO ANSELMO DOMINGUES NETO  
CORRÉU : JOSÉ JARBAS PEREIRA  
CORRÉU : ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO

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 do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz.

**HABEAS CORPUS Nº 464.498 - SP (2018/0207578-8)**

**VOTO-VISTA**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**VIVIANE DE MELO BARATELLA** alega sofrer coação ilegal, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos do HC n. 2109930-89.2018.8.26.0000.

Informam os autos que a paciente foi denunciada como incurso nos arts. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 29 do Código Penal, e 1º, I, do Decreto-lei n. 201/1967, na forma do art. 71, *caput*, c/c o art. 29, ambos do Código Penal.

A Corte local, ao denegar a ordem, reputou hígida a exordial acusatória, de modo a manter a persecução instaurada no Processo n. 1002294-80.2017.8.26.0238.

Neste *writ*, a defesa sustenta que paciente atuou no processo administrativo na fase inicial de análise de compatibilidade entre o objeto da empresa e a possível adequação à Lei n. 8.666/1993 para dispensa de licitação, cingindo-se a emitir parecer posteriormente submetido à consideração do Secretário de Negócios Jurídicos. Salaria que a denúncia narra fato atípico, pois inexistente crime em emitir parecer jurídico não vinculativo, ainda que as conclusões sejam questionáveis, sob pena de subtrair-se do advogado o livre exercício profissional, conforme dispõem os arts. 133 da Constituição Federal e 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/1994. Ressalta a ausência de comprovação de ato ou omissão praticado com dolo ou culpa pela paciente, e bem como a ocorrência de prejuízo ao erário, em evidente confronto com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração dolo específico e do efetivo dano ao erário.

Requer o trancamento do processo (Ação Penal n. 10002294-80.2017.8.26.0238, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Ibiúna/SP) em relação à paciente.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de fls. 244/469 e 470-694, foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que oficiou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 697-701).

Após a apresentação de voto pelo relator, pedi vista antecipada, para melhor analisar o caso.

**Passo à análise do caso concreto, todavia, limitando-se à análise da alegada inidoneidade da denúncia.**

O voto do Ministro relator ressaltou que "a única imputação à paciente, advogada, procuradora do município de Ibiúna/SP, diz respeito à emissão de parecer jurídico opinativo pela dispensa de licitação para contratação de serviço especializado de advocacia".

A denúncia, em relação à paciente, narra o seguinte:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seus Promotores de Justiça signatários, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, comparecem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com base no procedimento investigatório em epígrafe e com fundamento no art. 129, I, da Constituição Federal para oferecer **DENÚNCIA** contra:

[...]

3) **VIVIANE BARATELLA ALBERTIM**, brasileira, advogada, portadora do RG n. 33.946.566-SSP/SP e do CPF n° 220.780.048/20, inscrita na OAB/SP sob n° 247.287, residente e domiciliada na Rua Zico Soares, n° 100, nesta cidade e comarca de Ibiúna-SP, e Rua Doze de Outubro, n° 382, na cidade e comarca de Presidente Prudente-SP;

[...]

1) Consta dos inclusos documentos extraídos do Inquérito Civil n. 14.0281.0000838/2013-6, que no dia 06 de junho de 2011, nas dependências da Prefeitura do Município de Ibiúna, localizada na Av. Capitão Manoel de Oliveira Carvalho, n. 51, centro, nesta cidade e comarca, o denunciado e então Prefeito Municipal COITI MURAMATSU inexigiu licitação fora das hipóteses previstas em lei e deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa.

[...]

7) Consta, por fim, que os denunciados JAMIL PRADO, ex-Secretário de Administração, e **VIVIANE BARATELLA ALBERTIM**, procuradora do Município, concorreram para a prática de todos crimes acima descritos. **O primeiro, porque em 16 de maio de 2011, sem qualquer justificativa, solicitou ao Departamento de Compras a contratação de uma empresa para "Serviços Técnicos Especializados de Consultoria e Assessoria Jurídica Tributária Previdenciária", apresentando desde do início a empresa CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS.** A segunda porque, em 20 de maio de 2011,

também dolosamente, ofereceu **parecer jurídico genérico, não fazendo análise alguma do processo de inexigibilidade de licitação e da escolha direta do escritório CASTELLUCCI.**

#### **I – CONTEXTUALIZAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES**

O denunciado JOSÉ JARBAS PEREIRA, sócio e administrador das empresas do grupo FINBANK, é o idealizador de um audacioso esquema que logrou êxito em desviar aproximados R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) dos cofres de mais de 135 (cento e trinta e cinco) prefeituras do interior do Estado de São Paulo no período compreendido entre os anos de 2003 e 2017.

[...]

#### **II – IMPUTAÇÃO DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO E DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO**

Conforme restou apurado, através do procedimento de inexigibilidade n. 06/2011, o Município de Ibiúna-SP, representado pelo Prefeito Municipal COITI MURAMATSU, efetuou a contratação direta do escritório CASTELLUCCI FIGUEIREDO ADVOGADOS ASSOCIADOS com o objetivo de prestar Serviços Técnicos Especializados de Consultoria e Assessoria Jurídica Tributária Previdenciária. Entretanto, a contratação foi feita sem qualquer justificativa, sugerida pelo então Secretário de Administração, JAMIL PRADO, e **acompanhada pela Consultora Jurídica, VIVIANE BARATELLA ALBERTIM, que emitiu parecer jurídico sem qualquer abordagem ao caso concreto.**

[...]

Quanto aos demais denunciados, COITI MURAMATSU, JAMIL PRADO, VIVIANE BARATELLA ALBERTIM e EDUARDO ANSELMO DOMINGUES NETO, outrossim, as provas colhidas na fase de investigação demonstram, com a segurança necessária, que **eles concorreram de forma livre e consciente para os crimes a eles imputados nesta peça vestibular acusatória.** No ponto, vários fatores tornam inequívoca a má-fé também destes denunciados, os quais tiveram participação direta na contratação ora atacada:

(i) **A prefeitura de Ibiúna contava à época com procuradores jurídicos e outros servidores aptos a desempenharem os serviços que foram delegados à empresa CASTELLUCCI,** mesmo porque são eles que realizam mensalmente os cálculos da contribuição previdenciária;

(ii) Quando do oferecimento dos serviços à Prefeitura de Ibiúna pelo escritório contratado, **sequer foram apresentados documentos que atestassem a "notória especialização" do escritório CASTELLUCCI e de seus advogados;**

(iii) Quando da contratação da empresa CASTELUCCI, a **Receita Federal já havia autuado várias Prefeituras do interior do Estado de São Paulo, justamente em razão das fraudulentas compensações tributárias** que estavam sendo realizadas nestes municípios pelas empresas do grupo FINBANK ou pela própria CASTELUCCI, por meio de contratos com o mesmo objeto;

(iv) **Quando da contratação da empresa CASTELUCCI, a empresa FINBANK e o denunciado JOSÉ JARBAS PEREIRA já haviam sido condenados pelo Juízo da Comarca de Itaí em ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa à sanção de proibição de contratar com o poder público** ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 (cinco) anos, pela prática de atos análogos aos descritos nesta inicial. Referida sentença foi confirmada pelo TJSP e transitou em julgado no dia 24.04.2015 (Processo n. 0000001-46.1998.8.26.0263).

(v) **Quando da efetivação de grande parte dos pagamentos, já era do conhecimento dos denunciados o Comunicado SDG n. 32/2013 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (publicado no DOE em 29.08.2013), o qual alertou as Administrações Municipais sobre a ilegalidade e ofensa ao princípio da economicidade na contratação de empresas que indicam valores supostamente recolhidos a maior ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e sobre os mesmos auferem percentuais de 15% a 20% a título de honorários.** A despeito do explícito comunicado, o denunciado EDUARDO ANSELMO aditou o Contrato n. 47/2011, o que acarretou pagamento de honorários à CASTELUCCI, em prejuízo ao erário municipal, em atitude de dolo manifesto.

Agindo desta forma, tem-se que a partir de uma contratação direta firmada às margens da Lei Federal n. 8.666/93 (inexigibilidade) e com a **conivência dos denunciados JAMIL PRADO e VIVIANE BARATELLA ALBERTIM**, a municipalidade representada por EDUARDO ANSELMO DOMINGUES NETO **repassou de forma ilegal 20% de tudo recebido a título repetição de indébito (autocompensação), pertencente aos cofres públicos, ao escritório de advocacia de ALÉCIO CASTELUCCI**, desviando, em proveito deste e dos denunciados JOSÉ JARBAS e TIAGO, rendas públicas.

## **II. 2. DANO AO ERÁRIO**

O dano ao erário, na hipótese, é representado pelos valores pagos pelo Município de Barra do Turvo ao grupo empresarial “FINBANK”, por intermédio do contrato firmado com o escritório

CASTELUCCCI, mais juros de mora e correção monetária. Confirma, abaixo, a atualização de tais valores, por exercício: [...]

O valor do dano, atualizado, portanto, corresponde à importância de **R\$ 3.108.955,67** (três milhões, cento e oito mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e sete centavos). [...]

### **III – CAPITULAÇÃO**

Diante de todo o exposto, o Ministério Público do Estado de São Paulo denuncia:

[...]

**2. JAMIL PRADO e VIVIANE BARATELLA ALBERTIM** como incurso no artigo 89, *caput*, da Lei 8.666/93, c.c. o artigo 29, do CP, e no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, na forma do artigo 71, *caput*, c.c. o artigo 29, ambos do CP, tudo c.c. o artigo 69, *caput*, do CP; [...]. (fls. 43, 62 e 69-70)

Como visto, a denúncia descreveu circunstâncias que indicam a existência de conluio para impor prejuízo – devidamente precificado em **R\$ 3.108.955,67** – à administração pública, e, no que tange à imputação, observo que a exordial acusatória narrou que a paciente, "em 16 de maio de 2011, **sem qualquer justificativa, solicitou** ao Departamento de Compras a contratação de uma empresa para "Serviços Técnicos Especializados de Consultoria e Assessoria Jurídica Tributária Previdenciária", **apresentando desde do início a empresa CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS**".

Afirmou, ainda, que a paciente, "em 20 de maio de 2011, **também dolosamente, ofereceu parecer jurídico genérico, não fazendo análise alguma do processo de inexigibilidade de licitação** e da escolha direta do escritório CASTELLUCCI". A exordial acusatória, reiterou, ainda, que a paciente "emitiu parecer jurídico **sem qualquer abordagem ao caso concreto**".

A denúncia, ao asseverar que os denunciados "concorreram de forma livre e consciente para os crimes a eles imputados nesta peça vestibular acusatória", consignou como prova de má-fé que (a) "a Prefeitura de Ibiúna contava à época com procuradores jurídicos e outros servidores aptos a desempenharem os serviços que foram delegados à empresa Castellucci; (b) "sequer foram apresentados documentos que atestassem a 'notória especialização' do escritório Castellucci"; (c) **a Receita Federal já havia autuado várias Prefeituras do interior do Estado de São Paulo, justamente em razão das fraudulentas compensações tributárias;** (d) **"quando da contratação da empresa Castellucci, a empresa Finbank e o**

**denunciado José Jarbas Pereira já haviam sido condenados pelo Juízo da Comarca de Itaí em ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa à sanção de proibição de contratar com o poder público; (e) quando da efetivação de grande parte dos pagamentos, já era do conhecimento dos denunciados o Comunicado SDG n. 32/2013 do TCESP, que "alertou as Administrações Municipais sobre a ilegalidade e ofensa ao princípio da economicidade na contratação de empresas que indicam valores supostamente recolhidos a maior ao INSS e sobre os mesmos auferem percentuais de 15% a 20% a título de honorários".**

Ante esse quadro, a denúncia concluiu que, com a "conivência dos denunciados Jamil Prado e Viviane Baratella Albertim, a municipalidade representada por Eduardo Anselmo Domingues Neto repassou de forma ilegal 20% de tudo recebido a título repetição de indébito (autocompensação), pertencente aos cofres públicos, ao escritório de advocacia de Alécio Castelucci".

Assim, forçoso concluir que **a denúncia ofertada trouxe elementos capazes de demonstrar o elemento subjetivo especial na conduta da recorrente na prática do crime previsto no art. 89, caput, da Lei n. 8.666/1993, sendo forçoso afastar a tese defensiva segundo a qual está-se a atribuir responsabilidade penal à paciente unicamente em função de sua posição na Secretaria de Negócios Jurídicos.**

Desse modo, a imputação, da forma como foi feita, não representa a imposição de indevido ônus do processo ao recorrente, à vista da descrição dos elementos necessários à responsabilização penal decorrente de dolosa conduta para a consumação da ilegalidade do caput do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

À vista do exposto, pedindo vênias ao relator, **denego** a ordem.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2018/0207578-8

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 464.498 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10022948020178260238 20180000538444 21099308920188260000

EM MESA

JULGADO: 17/09/2019

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : NIVALDO XAVIER DOS SANTOS  
ADVOGADO : NIVALDO XAVIER DOS SANTOS - SP245237  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : VIVIANE DE MELO BARATELLA  
OUTRO NOME : VIVIANE BARATELLA ALBERTIM  
CORRÉU : TIAGO RODRIGO PEREIRA  
CORRÉU : COITI MURAMATSU  
CORRÉU : JAMIL PRADO  
CORRÉU : EDUARDO ANSELMO DOMINGUES NETO  
CORRÉU : JOSÉ JARBAS PEREIRA  
CORRÉU : ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO

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 o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz denegando a ordem, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, e o voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro concedendo o habeas corpus, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, a Sexta Turma, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Laurita Vaz.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.