

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 171.576 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : WAGNER ADILSON KOCH
IMPTE.(S) : WAGNER ADILSON KOCH
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RHC Nº 111.892 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado por Wagner Adilson Koch, advogando em causa própria, contra decisão proferida por Ministro Relator do STJ, nos autos do RHC 111.892/RS.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por ter, na qualidade de assessor jurídico, emitido parecer em um processo licitatório supostamente fraudulento, além de ter, nos termos do parágrafo único, art. 38, da Lei de Licitações, assinado o contrato formalizado. (eDOCs 21-24)

Irresignado, o paciente impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal, por meio do qual sustentou a falta de justa para o prosseguimento do processo penal. A ordem foi denegada. (eDOC 14, p. 99)

Daí a interposição de recurso em *habeas corpus* no STJ, cuja liminar restou indeferida. (www.stj.jus.br)

Nesta Corte, o impetrante aduz que não pode ser denunciado apenas por emitir um parecer, sobretudo porque ele era meramente opinativo, sem caráter vinculante.

Requer, assim, a concessão da medida liminar, a fim de suspender o andamento da ação penal e, no mérito, seu trancamento.

É o relatório.

Decido.

De início, verifico que o pedido se esbarra na Súmula 691 desta Corte, razão por que dele não poderia conhecer.

É bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão

HC 171576 MC / RS

concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 84.014/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, DJ 23.2.2007; e as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; e HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005).

Na hipótese dos autos, **vislumbro** constrangimento ilegal manifesto a autorizar o afastamento da incidência da referida Súmula.

A concessão de liminar em *habeas corpus* dá-se em caráter excepcional, em face da configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Após análise característica à cognição sumária, vislumbro constrangimento ilegal manifesto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Isso porque o paciente foi denunciado, juntamente com outros réus, sob a acusação de ter participado de um esquema licitatório fraudulento.

Para fundamentar minha decisão, ater-me-ei aos limites da denúncia, no que toca à participação do paciente:

“O ex-assessor jurídico da Municipalidade, Wágner Adilson Koch, cujo cargo lhe obrigava fiscalizar a regularidade da dispensa e do contrato, avalizou a escolha, assinando o contrato fraudado. Assim como o acusado Everson Rossi o fez nos dois primeiros contratos, atuou com dolo, 29 entendendo como emergencial um contrato pactuado quase cinco meses após o desastre e cujo prazo para execução se alargava por mais cinco meses.

(...)

Assim agindo, Constantino Orsolin, Alcyr Francisco Stacke e Wágner Adilson Koch dispensaram licitação fora das

hipóteses legais, em proveito da empresa Monterry.

(...)

No mesmo sentido é a imputação ao ex-assessor jurídico, Wágner Adilson Koch, que, em substituição e representação da Procuradoria-Geral, promoveu e possibilitou os desvios vinculados ao último contrato. Foi o denunciado quem subscreveu o terceiro contrato, estando sua participação vinculada ao menos quanto a essa contratação – a de maior vulto e com mais indicativos de desvio.” (eDOC 22-24)

Do teor da denúncia, vê-se que o Ministério Público pretende exigir do assessor jurídico conhecimento técnico de todas as áreas e não apenas de temas relacionados ao Direito.

É que, no processo licitatório, não compete ao assessor jurídico averiguar se está presente a causa de emergencialidade, mas apenas se há nos autos, decreto que a reconheça. Sua função é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro **fiscal de formalidades**.

No processo licitatório, portanto, o assessor jurídico está restrito a atestar a presença, ou não, do decreto, quando o Ministério Público exige que ele investigue a presença, ou não, da emergência.

A assinatura do assessor na minuta do contrato, de igual modo, serve de atestado de cumprimento de requisitos formais e não materiais.

Não há nenhuma menção, na denúncia, de que o paciente se beneficiou de suposto esquema, tampouco que teria emitido o parecer, a fim de, **sabidamente**, causar danos ao erário.

Não se está a negar que é possível a responsabilização criminal do parecerista, não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar.

É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do seu autor. Cito os seguintes precedentes, o MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ

HC 171576 MC / RS

31/10/2003 e o MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1º/2/2008, assim ementados:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, **oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações**. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 31.10.2003 - grifei)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula

a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.” (MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1º.2.2008)

Cito, ainda, decisão monocrática do Min. Luiz Fux, nos autos do MS 30.892, DJe 22.5.2014; além do HC 158.086, de minha relatoria, j. 18.9.2018, que transitou em julgado em recurso do MPF.

Desse modo, percebe-se que o paciente foi inserido no suposto esquema criminoso apenas por emitir parecer, na condição de assessor jurídico, de modo que, nos termos da denúncia, não há como admitir o prosseguimento do processo penal em seu desfavor.

Ademais, não há qualquer elemento que vincule o paciente subjetivamente ao fato narrado pela acusação como crime. Em Direito Penal, não se pode aceitar a responsabilização objetiva, sem comprovação de dolo ou culpa.

Conforme assentado na jurisprudência deste Tribunal, em voto que relatei:

“No entanto, para configuração da tipicidade material do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, são necessários elementos adicionais. A jurisprudência interpreta o dispositivo no sentido de exigir o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica – INQ 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014:

‘Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 4. **A incidência da norma que se**

extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente”.

Portanto, impõe-se a comprovação de prejuízo ao erário e de finalidade específica de favorecimento indevido. Sem dúvidas, em momento anterior ao sentenciamento, tal análise se realiza com parâmetro em *standard* probatório inferior àquele necessário à condenação. Contudo, a acusação formulada deixou de indicar qualquer elemento ou narração fática que permita tal enquadramento.

Por fim, fundamental destacar que a atuação de advogado é resguardada pela ordem constitucional. Conforme disposto no art. 133 da CF, "*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*". Assim, eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.

Ante o exposto, **concedo a liminar**, a fim de determinar a suspensão do processo penal nº 5013038-05.2016.4.04.7107, em trâmite na 5ª Vara Federal de Caxias do Sul, apenas com relação ao paciente, até o julgamento do mérito deste *habeas corpus*.

Comunique-se com urgência.

HC 171576 MC / RS

Colham-se informações.

Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 31 de maio de 2019.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

Documento assinado digitalmente