

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.377 - MA (2017/0064335-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE : RICARDO GAMA PESTANA

**ADVOGADOS : RAVIK DE BARROS BELLO RIBEIRO E OUTRO(S) - DF033192
MELHEM IBRAHIM SAAD NETO - MA010426**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **RICARDO GAMA PESTANA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, juntamente com outros nove corréus, como incurso nas sanções dos arts. 2º, § 4º, da Lei n. 12.850/2013, 319 do Código Penal, e no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 (e-STJ, fls. 53-123).

Recebida a denúncia (e-STJ, fls. 351-366), a defesa impetrou *writ* perante a Corte de origem, pugnando pelo trancamento da ação penal. A ordem restou denegada, por maioria de votos, nos moldes da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PREVARICAÇÃO E CRIME FUNCIONAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO JUÍZO A QUO (ART. 396 DO CPP). INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. NÃO CONSTATAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX DA CRFB/1988. NÃO OCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PARECER OPINATIVO. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. MATÉRIAS DE MÉRITO. PENDÊNCIA DE ANÁLISE PELO JUÍZO DE BASE. TRIBUNAL AD QUEM. LIMITES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS PARA O RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. CONFIRMAÇÃO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRESENÇA. CRIMES COMPLEXOS. PONDERAÇÃO NECESSÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA VIA DO MANDAMUS. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA NO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

I. Se a denúncia formalizada pelo Ministério Público Estadual expõe os fatos que envolvem cada um dos 10 (dez) denunciados, com a apresentação das circunstâncias a eles pertinentes, a qualificação individualizada dos agentes, a classificação penal e o rol de testemunhas com que se pretende instruir o feito - atendendo os requisitos do art. 41 do CPP, e ausente hipótese de rejeição elencada no art. 395 do mesmo diploma - não há falar em inépcia da peça acusatória.

II. Tratando-se o ato judicial referido no art. 396 do CPP de decisão interlocutória, emitida ainda na fase embrionária do procedimento da ação penal - quando sequer iniciada a instrução criminal -, despicienda a fundamentação exaustiva, mormente porque anterior à apresentação das teses oportunizadas à defesa, na resposta à acusação, evitando-se, com isso, o pré-julgamento da causa no juízo de base.

III. Ainda que sucinta, atende a determinação do art. 93, IX da CRFB/1988 a

Superior Tribunal de Justiça

decisão da autoridade impetrada que, expressamente, motiva o recebimento da denúncia formalizada pelo órgão ministerial, limitando-se a determinar a citação de todos os dez acusados.

IV. Encontrando-se o feito, na origem, em sede de oferta de resposta à acusação, porquanto não apresentadas e analisadas pelo juízo *a quo* as questões meritórias atinentes à atipicidade da conduta do paciente e à alegada prescrição virtual, de rigor ao Tribunal *ad quem* prudência na apreciação das matérias deduzidas na impetração, evitando-se com isso a supressão de instância.

V. O trancamento de ação penal, em sede de *habeas corpus*, constitui medida excepcional, que se mostra possível tão somente quando verificada, de forma inequívoca, a ausência de substrato probatório hígido sobre a autoria e a materialidade do crime, ou a configuração, de plano, da atipicidade da conduta e de causa extintiva da punibilidade, não sendo a hipótese versada nestes autos.

VI. Ordem denegada" (e-STJ, fls. 428-429).

Em razões, sustenta-se que: a) "a truncada e confusa decisão do TJMA, que denegou a ordem de *habeas corpus*, possui vícios que negam direito latente do Paciente em ver-se excluído do polo passivo de ação penal pela única e exclusiva elaboração de parecer opinativo e não vinculante sobre seu entendimento acerca de determinada matéria"; b) "tal parecer, como já dito, foi elaborado em absoluta transparência entre a Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, o Ministério Público daquele estado e o próprio Poder Judiciário, sendo inconcebível qualquer tentativa de penalização do parecerista pelo cumprimento de seu dever de ofício"; c) "pela elaboração do parecer, o ora Paciente, procurador do estado de carreira, jamais teve contra si aberto nem mesmo um processo disciplinar no âmbito de seu órgão de lotação"; d) "conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, 'o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei', prerrogativa funcional e institucional que há de ser preservada em nome do esmero e livre desempenho da profissão"; e) "o *Parquet* Estadual imputou-lhe a conduta delitativa em análise, alicerçado exclusivamente no desempenho da função pública por ele exercida, qual seja, de Procurador do Estado do Maranhão. O único ilícito supostamente cometido, segundo o MPE, teria sido a elaboração do mencionado Parecer, frise-se, de caráter opinativo"; f) "já está pacificado o entendimento pela impossibilidade de responsabilização criminal em virtude da mera elaboração de parecer opinativo, conforme vasta jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça"; g) "não demonstrada na inicial acusatória a intenção do Paciente em causar dano ao erário, nem mesmo a ocorrência de erro grosseiro ou proposital, a persecução penal mostra-se descabida, desarrazoada e ilegítima, devendo ser trancada por essa Corte Superior, nos termos da vasta jurisprudência já consolidada, reconhecendo-se a atipicidade da conduta praticada pelo Paciente e ausência de justa causa para persecução penal"; h) "o Paciente teve a cautela de remeter novamente à ilustre Procuradora-Geral de Justiça cópia de todas as movimentações que estavam sendo feitas nos autos, dando ciência a chefe do MPE de todas as fases relativas ao processo administrativo de acordo entre Grupo Mateus e Estado do Maranhão"; i) "apenas emitiu 'um parecer estritamente opinativo, que fora submetido ao crivo de sua autoridade superior, chefe da Procuradoria do Estado, que por sua vez condicionou a peça ao aceite e à deliberação da senhora Governadora, que utilizando-se de critérios de conveniência e limitou-se a emitir um parecer estritamente opinativo, que fora submetido ao crivo de sua autoridade superior, chefe da Procuradoria do Estado, que por sua vez

condicionou a peça ao aceite e à deliberação da senhora Governadora, que utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade na tomada de decisões que lhe compete, optou por celebrar o acordo que tinha como plano de fundo, frise-se mais uma vez, o pagamento de um precatório já formado e que se encontrava na primeira posição de antiguidade na lista do TJMA"; j) "o Parecer elaborado pelo Paciente não seria capaz de gerar qualquer efeito jurídico ao Estado, estando sujeito à deliberação da autoridade constitucionalmente responsável. Inviável, assim, qualquer imputação de responsabilidade ao Paciente, inexistindo justa causa para a propositura e manutenção da persecução penal"; k) "comprovando de forma cabal o reconhecimento judicial quanto à legalidade dos atos praticados, a mesma juíza titular da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luis, que homologou o acordo entre o Estado e o Grupo Mateus no ano de 2013, proferiu decisão datada de 8/4/2016, no bojo dos Embargos a Execução n. 1593-09.2003.8.10.0001, confirmando a legalidade dos procedimentos adotados"; l) "não há falar que o Ministério Público estadual não se manifestou sobre a questão, tendo em vista a menção constante desta última decisão do juízo da Fazenda Pública de que aquele opinou por não intervir no feito. Isso porque, acaso estivéssemos diante de grave e ostensiva burla à legislação vigente, como tenta fazer crer o Promotor subscritor da Denúncia, Sua Excelência o Promotor de Justiça que optou por não opinar nos autos do acordo teria claramente de ser responsabilizado por prevaricação, eis que se omitiu diante de situação manifestamente ilícita; m) "em momento algum se requereu o trancamento da ação penal para todos os réus. O pleito quanto a ausência de justa causa para a propositura e manutenção da ação serve (e é desejado) apenas para o ora Paciente, inclusive porque a conduta por ele praticada (de elaboração de parecer opinativo) é própria de Procurador do Estado, não podendo recair a nenhum outro indivíduo que não ostente essa condição. Assim, não há qualquer intenção em beneficiar os demais"; n) "a situação fática e pessoal dos demais corréus não pode ser elemento a impossibilitar o exercício do direito de defesa do Paciente"; o) "o Ministério Público estadual de segundo grau, através da manifestação em banca de duas Procuradoras de Justiça distintas, manifestaram-se pela concessão da ordem para trancamento da ação penal em relação ao paciente"; p) "situações ocorridas no âmbito da Secretaria de Fazenda do estado do Maranhão, compensações tributárias realizadas com empresas, nada disso diz respeito ao Paciente"; q) "sua única conduta tida por ilícita conforme consta da denúncia foi a elaboração de um único parecer, de n. 121612013-PGE" (e-STJ, fls. 468-490).

Pugna, assim, pelo provimento do recurso para que seja trancada a ação penal por ausência de justa causa para sua propositura, eis que sua conduta foi manifestamente atípica.

Não foi deduzido pedido liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 565-572).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu o seu ingresso no feito, na condição de assistente da recorrente (e-STJ fls. 609-611).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.377 - MA (2017/0064335-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : RICARDO GAMA PESTANA
ADVOGADOS : RAVIK DE BARROS BELLO RIBEIRO E OUTRO(S) - DF033192
MELHEM IBRAHIM SAAD NETO - MA010426
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PREVARICAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ATIPICIDADE EVIDENCIADA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO 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. Precedentes.

2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, 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*.

3. 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 ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, *de per se*, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de *habeas corpus*, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado.

4. Nos termos do art. 133 da Constituição Federal, "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Sem embargo, a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias à lei e à moralidade que deve conduzir a prática da advocacia.

5. No julgamento do MS n. 24.631/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos, salvo se evidenciada a presença de culpa ou erro grosseiro.

6. Conforme o consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a imunidade do advogado público não obsta a sua responsabilização por possíveis condutas criminosas praticadas no exercício de sua atividade profissional, desde que demonstrado que agiu imbuído de dolo.

7. A manifestação do Procurador Geral de Justiça integra a formação do ato administrativo, sendo, portanto, de natureza obrigatória. Entretanto, por refletir

um juízo de valor, o ponto de vista do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame, não vincula a autoridade que possui competência para o exame da conveniência do ato. Decerto, a concordância do Governador do Estado com o conteúdo do parecer não consiste em mera formalidade, não havendo delegação, ainda que velada, do poder decisório sobre o ato administrativo ao Procurador Geral do Estado. Na hipótese, forçoso destacar que o acordo foi homologado em juízo, após manifestação favorável do Ministério Público do Estado do Maranhão.

8. Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, "o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houve comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade de ato em função da conduta de seu autor" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139-140).

9. Ainda que a jurisprudência atual desta Corte reconheça não ser possível a compensação tributária na ausência de lei estadual disciplinadora, a teor do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, a autorização baseada na aplicação imediata do artigo 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional 30/2000, não pode ser tida por manifestamente ilegal, não evidenciando erro grosseiro e, muito menos, que o parecerista agiu dolosamente com intuito de causar prejuízo ao erário.

10. Embora o o Procurador Geral do Estado anterior tenha se manifestado desfavoravelmente aos pedidos de compensação tributária, por entendê-los contrários aos interesses da Fazenda estadual, a adoção de posicionamento diverso, *de per si*, não indica que o *animus* da parecerista de beneficiar interesse particular no exercício de suas atribuições. Decerto, a divergência de opinião na atividade consultiva não acarreta responsabilização pessoal, salvo, repita-se, se demonstrado que o parecerista agiu dolosamente ou cometeu erro grosseiro.

11. O recorrente submeteu o seu entendimento a exame da então Procuradora Geral do Estado do Maranhão, a quem competia, em última análise, a prolação do parecer. Da mesma forma, os autos foram previamente encaminhados à Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como à Procuradoria de Justiça da aludida Unidade da Federação, tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos à Execução n. 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória.

12. Deve ser reconhecido que o fato descrito na peça acusatória não se subsume ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal. O delito de prevaricação, na modalidade "praticar ato violando disposição expressa de lei",

exige que o funcionário público tenha praticado conduta comissiva peremptoriamente vedada em lei, não restando caracterizado o elemento normativo do tipo se houver qualquer dúvida sobre a exegese do dispositivo legal alegadamente contrariado.

13. O art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 versa sobre forma especial do crime de advocacia administrativa e pressupõe que os interesses de particular tenham sido intermediados por servidor fazendário, tratando-se, portanto, de crime próprio, o que afasta, em princípio, a possibilidade de incriminação da recorrente quanto a tal crime. Ainda que assim não fosse, em que pese tenham sido descritas condutas praticadas por agentes públicos no âmbito da administração fazendária, que podem, em tese, configurar a prática do referido delito contra a ordem tributária, nada de concreto foi descrito a demonstrar a participação da recorrente nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal do recorrente, ainda que nos moldes do art. 29 do CP.

14. Malgrado a denúncia tenha igualmente imputado ao agente a prática do crime capitulado no art. 2º, c/c o § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013, por supostamente ter dado suporte jurídico ao pleitos da organização criminosa dentro da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, limitou-se o *Parquet* a afirmar que a agente elaborou o retrocitado parecer, sem que tenha sido descrita qualquer outra circunstância concreta a indicar a sua participação no grupo criminoso, não restando, decerto, evidenciado o seu vínculo com as supostas manobras praticadas para a antecipação de pagamentos de créditos de empresas favorecidas por agentes públicos.

15. A inicial acusatória não preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto o órgão acusatório olvidou-se de descrever as condutas atribuídas ao ora recorrente, com a devida acuidade, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

16. Conquanto incontestes a independência dos membros do Ministério Público, bem como a diferença de sua atuação como titular da ação penal e como fiscal da lei, deve ser ressaltado que a Procuradoria Geral de Justiça, da tribuna, após a leitura do voto do Desembargador Relator, optou por modificar o posicionamento adotado no parecer encartado aos autos do *writ* originário, opinando pela concessão da ordem, a fim de que fosse trancado o processo-crime em relação ao recorrente. Adiado o julgamento após pedido de vista, uma segunda Procuradora de Justiça funcionou nos autos, tendo ela igualmente opinado pela exclusão do acusado do polo passivo da lide, conforme o voto vencido do Relator.

17. Evidenciada, de plano, a flagrante atipicidade das condutas e a inépcia da exordial no tocante ao recorrente, deve ser trancada a ação penal, ressaltando-se a possibilidade de oferta de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 do CPP e com fundamento em fatos novos.

18. A manifesta atipicidade das condutas imputadas ao recorrente não conduz à conclusão de que os fatos reputadamente criminosos atribuídos aos corréus sejam igualmente atípicos, devendo, portanto, seja dado prosseguimento à persecução penal para que sejam esclarecidos os eventos descritos na peça acusatória.

19. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n.

19880-63.2016.8.10.0001, em curso na 7ª Vara Criminal da Comarca de São Luis/MA, devendo, porém, ser mantida a persecução penal em relação ao demais réus.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Inicialmente, o pleito de intervenção no *habeas corpus* deduzido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil deve ser indeferido, mesmo na qualidade de assistente, pois, além de não possuir amparo legal, é refutado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito do recurso, 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.

Nesse sentido, os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. PEDIDO DE TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIMES SOCIETÁRIOS. DENÚNCIA GERAL. POSSIBILIDADE. 2. CONDUTAS IMPUTADAS DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADAS. EXISTÊNCIA, EM TESE, DE LIGAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E OS FATOS DELITIVOS. 3. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. 4. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* IMPROVIDO.

1. Como é cediço, 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.

Na hipótese dos autos, assevera o recorrente ser inepta a denúncia, uma vez que não descreve de forma adequada sua participação nos fatos imputados na denúncia. Importante esclarecer que não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, pois o direito pátrio não admite denúncia genérica, sendo possível, entretanto, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, a denúncia geral, ou seja, aquela que, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas ao denunciado, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo.

2. Da leitura da denúncia, observa-se que as condutas imputadas ao recorrente bem como aos demais corréus estão devidamente narradas, registrando-se, em especial, com relação ao recorrente que 'na condição de Diretor de Recursos Humanos integrava o Conselho Diretor, permanecendo nessa atividade até a interdição da FCD.

Também participava das tomadas de decisões sobre as operações comerciais inexistentes, permitindo, assim, com pleno conhecimento, que

Superior Tribunal de Justiça

as apropriações ocorressem, aderindo à vontade dos demais diretores na consecução das práticas ilícitas'. Dessa forma, não é possível afirmar que a inicial acusatória é inepta, porquanto devidamente individualizada, em tese, as condutas típicas imputadas ao recorrente. Com efeito, apesar de não haver um minudente detalhamento das ações imputadas especificamente ao recorrente, tem-se demonstrada, ainda que de maneira sutil, a ligação entre suas condutas e os fatos delitivos, o que é suficiente, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, conforme já referido.

3. Assim, '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 aos pacientes devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa' (HC 183.660/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/2/2012, DJe 29/2/2012).

4. Recurso em *habeas corpus* improvido."

(RHC 54.075/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017).

"PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME SOCIETÁRIO. AUTORIA COLETIVA. EMPRESA FAMILIAR. RECORRENTES ESPOSAS DE SÓCIOS. DESCRIÇÃO FÁTICA GENÉRICA. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos crimes de autoria coletiva admite-se a descrição genérica dos fatos, se não for possível, como na espécie, esmiuçar e especificar a conduta de cada um dos denunciados.

2. Indícios de autoria demonstrados, tanto mais que se trata de uma empresa familiar, sendo as recorrentes, sócias e gerentes, segundo a própria defesa, esposas de outros sócios do grupo empresarial.

3. Tese de inexistência de liame da sua atuação com os fatos narrados que não se reveste de credibilidade na via eleita.

Plausibilidade da acusação.

4. Direito de defesa assegurado, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

5. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, *primo oculi*. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

6. Recurso não provido."

(RHC 66.363/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/3/2016, DJe 10/3/2016).

Além disso, a rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despedidos 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

Superior Tribunal de Justiça

manifestamente demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, *de per si*, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de *habeas corpus*, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado.

Feitas tais considerações, passa-se à transcrição de excertos da denúncia relacionados ao ora recorrente:

"[...] O *modus operandi* da organização criminosa envolvia um esquema complexo, revestido de falsa legalidade baseada em acordos judiciais que reconheciam a possibilidade da compensação de débitos tributários (ICMS) com créditos não tributários (oriundos de precatórios ou outro mecanismo que não o recolhimento de tributos). Não bastasse isso, em diversas ocasiões, foi implantado um filtro para mascarar compensações realizadas muito acima dos valores decorrentes de acordo homologado judicialmente. Por outro lado, com base na centralização do processo decisório, de modo que os atos administrativos, notadamente aqueles irregulares e ilegais, não passassem por qualquer sistema de controle das instâncias internas da SEFAZ, os gestores do período de 14 de abril de 2009 a 31 de dezembro de 2014 ignoraram os procedimentos administrativos característicos da administração pública ou simplesmente deram sumiço a eles após praticarem os seus crimes.

[...]

Noutra ponta, essa organização criminosa contava com o decisivo beneplácito de Roseana Sarney Murad, em virtude de ter autorizado acordos judiciais baseados em pareceres manifestamente ilegais dos Procuradores por ela nomeados a ainda por nomeado para cargos em comissão 26 (vinte e seis) terceirizados da empresa Linuxell para que desempenhassem na SEFAZ as mesmas funções para os quais estavam contratados pela empresa antes referida, e de Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo, Helena Maria Cavalcanti Haickel e Ricardo Gama Pestana que assinaram pareceres manifestamente contrários ao disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, com o único objetivo de desviar dinheiro público, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da condição estratégica do cargo que ocupavam.

[...] Mesmo diante do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, Roseana Sarney Murad, governadora do Estado, de 17 de abril de 2009 a 31 de dezembro de 2014, celebrou, com a conivência dos então Procuradores-Gerais Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo e Helena Maria Cavalcanti Haickel e do então Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Judiciais Ricardo Gama Pestana, pelo menos, dois acordos judiciais, um com as empresas DIPEBEL Distribuidora de Bebidas Presidente Ltda., SADIBE Santa Inês Distribuidora de Bebidas Ltda., DIGAL Distribuidora de Bebidas Gaspar Ltda. e MARDISBEL Marreca Distribuidora de Bebidas Ltda. e outro com Mateus Supermercados S/A e Armazém Mateus S/A, sucessores processuais do Santander S/A - Serviços Técnicos, Administrativos e de Corretagem de Seguros, incorporador do Banespa S/A - Administradora de Cartões de Crédito e Serviços, anteriormente denominado Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo BADESP.

[...] Roseana Sarney Murad, Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo, Helena Maria Cavalcanti Haickel e Ricardo Gama Pestana concorreram decisivamente para o sucesso da organização criminosa, na medida em que,

Superior Tribunal de Justiça

por meio de manifestações jurídicas, sem amparo legal e constitucional, e em completa deslealdade às instituições as quais serviam, já que em razão de suas posições política e institucional davam aparência de legalidade a acordos judiciais que seriam, em tese, excelentes negócios para o Estado do Maranhão, mas que na verdade não passavam de um burla ao disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional e ao art. 100 da Constituição Federal, garantia de sucesso da organização criminosa, especialmente por terem negociado com Jorge Arturo Mendoza Reque Júnior o pedido de homologação judicial de acordos efetuados, em flagrante convergência de interesses para atender pleitos de organização criminosa, criando, vale repetir, uma aparência de legalidade, aproveitando-se para isso, inclusive, do Poder Judiciário, foram incontestavelmente coniventes com a organização criminosa.

Importa salientar que já havia posição da Procuradoria Geral do Estado no sentido de não reconhecer a possibilidade de acordos judiciais para pagamento de dívida sem a existência de leis específicas pelo menos o que pode ser constatado a partir da manifestação do Procurador do Estado do Maranhão Oscar Medeiros Júnior.

Ocorre que a partir de 17 de abril de 2009, quando Roseana Sarney Murad retorna ao governo do Maranhão, os procuradores-gerais do Estado por ela nomeados passaram a adotar essa prática altamente prejudicial ao erário público e às determinações do Código Tributário Nacional e da Constituição Federal de 1988.

Pois bem. Esse comportamento reflete a clara intenção de lesar, de subtrair, de utilizar o dinheiro público como se privado fosse, uma vez que esses acordos homologados judicialmente, festejados no governo Roseana Sarney Murad como altamente benéficos aos interesses públicos, somente beneficiavam empresas e amigos e, por conseguinte, todos aqueles envolvidos na operação para liberar essas altas quantias.

Não há a menor dúvida de que os procuradores-gerais do Estado Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo, Helena Maria Cavalcanti Haickel e o procurador do Estado adjunto Ricardo Gama Pestana agiram com dolo e com clara deslealdade à instituição a que deviam servir com zelo e probidade.

Não podem alegar, sob qualquer hipótese, que teriam cometido um erro do qual não poderiam se aperceber, porquanto outros posicionamentos no sentido de proteger o erário público já tinham sido vazados em manifestações da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão e todos tinham conhecimento disso, já que ignoraram essas manifestações.

[...] Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo, Helena Maria Cavalcanti Haickel e Ricardo Gama Pestana, por representarem o suporte jurídico dentro da Procuradoria Geral do Estado à organização criminosa estão incursos nas sanções do art. 2º, § 4º, II, da lei n. 12.850/2013, art. 319 do Código Penal e art. 3º, III, da Lei 8.137/1990" (e-STJ, fls. 53-123).

Com efeito, verifica-se que o recorrente foi denunciado por suposto envolvimento em organização criminosa que teria praticado fraudes contra a Fazenda do Estado do Maranhão, bem como pela prática dos crimes de prevaricação e de delito funcional contra a ordem tributária, pois, na qualidade de Procurador Geral Adjunto do referido Estado, teria subscrito um parecer técnico favorável à proposta de transação oferecida por Mateus Supermercado S.A. e por Armazém Mateus S.A no bojo do Processo Administrativo n. 156547/2007 (e-STJ, fls. 368-370), visando ao aproveitamento dos créditos de precatório

Superior Tribunal de Justiça

judicial para a quitação de tributos vencidos, vincendos e parcelados.

Antes de mais nada, embora a denúncia afirme que o recorrente subscreveu parecer exarado nos autos do Procedimento Administrativo n. 1.892/2009, referente a pedido de compensação de créditos tributários envolvendo as empresas Distribuidora de Bebidas Presidente Ltda., Santa Inês Distribuidora de Bebidas Ltda., e Marreca Distribuidora de Bebidas Ltda., tal manifestação é da lavra do corrêu Marcos Alessandro Passos Lobo.

Nos termos do art. 133 da Constituição Federal, "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Sem embargo, a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias à lei e à moralidade que deve conduzir a prática da advocacia.

No julgamento do MS n. 24.631/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos, salvo se evidenciada a presença de culpa ou erro grosseiro. Eis a ementa do julgado:

"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 jurídico 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 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 9/8/2007, DJe-018 DIVULG 31-1-2008 PUBLIC 1-2-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250).

Ademais, conforme o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a imunidade do advogado público não obsta a sua responsabilização por

Superior Tribunal de Justiça

possíveis condutas criminosas praticadas no exercício de sua atividade profissional, desde que demonstrado que agiu imbuído de dolo.

A propósito, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. QUESTÃO PRELIMINAR. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB. INDEFERIMENTO. MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO ESPECÍFICO DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO. DENÚNCIA QUE APENAS AFIRMA QUE OS PACIENTES EMITIRAM PARECER NO PROCEDIMENTO QUE CULMINOU NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL RECONHECIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pretendida intervenção, em sede de *habeas corpus*, seja na qualidade de assistente ou de *amicus curiae*, além de não possuir amparo legal, é refutada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não obstante a impetração tenha por escopo o trancamento da ação penal em relação a dois advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por ter sido formulado em sede de *habeas corpus*, a hipótese é de indeferimento do pedido de ingresso do Conselho Federal da OAB na qualidade de assistente dos pacientes.

2. É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrada, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, a inexistência de indícios da autoria ou prova da materialidade delitiva, ou ainda, a inépcia da exordial acusatória.

3. Não obstante a ausência de disposição legal expressa, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige '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' (AP 683/MA, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 6/3/2017). Dessa forma, a denúncia deve especificar, ao menos de forma sucinta, atos ou circunstâncias concretas que denotem a intenção dos agentes em elidir o procedimento licitatório em prejuízo do erário.

4. Hipótese em que a exordial acusatória, embora descreva a sucessão de atos que culminaram na dispensa de licitação, no que toca aos pacientes, apenas aponta que eles emitiram pareceres na qualidade de Procurador-Geral e Consultor Jurídico municipal, sem nenhuma circunstância que os vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo, revelando-se inepta a denúncia.

5. Em denúncia similar à presente, em outra ação penal proposta contra os mesmos pacientes, decorrente de outro contrato com suposta dispensa irregular de licitação, a Sexta Turma desta Corte determinou o trancamento da ação por inépcia da denúncia (HC 377.430/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe

19/12/2016).

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para cassar a decisão que recebeu a denúncia, apenas em relação aos pacientes, ante o reconhecimento da inépcia da inicial acusatória, sem prejuízo de que outra seja apresentada em obediência à lei processual.

(HC 377.453/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL. INTENÇÃO DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. DOLO ESPECÍFICO NÃO INDICADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da APn n. 480, para a imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

2. Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, 'O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei', sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.

3. Na espécie, o Ministério Público estadual, em sua peça acusatória, imputou aos recorrentes a conduta delitiva em análise, alicerçado tão somente no desempenho tópico da função pública por eles exercida - ao elaborarem parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório - sem demonstrar a vontade de provocar lesão ao erário, tampouco a ocorrência de prejuízo.

4. Recurso provido para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos."

(RHC 46.102/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016).

"*HABEAS CORPUS*. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO. Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal.

A defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei.

Ademais, 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.

Ordem denegada e cassada a liminar."

Superior Tribunal de Justiça

(HC 78.553/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 319).

A Lei Orgânica da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Maranhão (LC n. 20/94) estabeleceu:

"Art. 4º - Ao Procurador-Geral do Estado, de livre nomeação do Governador, dentre cidadãos maiores de trinta anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada, compete, sem prejuízo de outras atribuições:

[...]

XXIII. desistir, transigir, firmar compromissos e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado, de acordo com a lei e quando expressamente autorizado pelo Governador.

[...]

Art. 86 - Os pareceres da lavra do Procurador-Geral do Estado serão aprovados pelo Governador do Estado."

Com efeito, a manifestação do Procurador Geral de Justiça integra a formação do ato administrativo, sendo, portanto, de natureza obrigatória. Entretanto, por refletir um juízo de valor, o ponto de vista do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame não vincula a autoridade que possui competência para à análise da conveniência do ato. Decerto, a concordância do Governador do Estado com o conteúdo do parecer não consiste em mera formalidade, não havendo delegação, ainda que velada, do poder decisório sobre o ato administrativo ao Procurador Geral do Estado. Na hipótese, forçoso destacar que o acordo foi homologado em juízo, após manifestação favorável do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, "o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houve comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade de ato em função da conduta de seu autor" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139-140).

Em verdade, ainda que a jurisprudência atual desta Corte reconheça não ser possível a compensação tributária na ausência de lei estadual disciplinadora, a teor do disposto no art. 170 do Código Tributário Nacional, a autorização baseada na aplicação imediata do artigo 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional 30/2000, não pode ser tida por manifestamente ilegal, não evidenciando erro grosseiro e, muito menos, que o parecerista agiu dolosamente com intuito de causar prejuízo ao erário.

Ademais, embora o Procurador Geral do Estado anterior tenha se manifestado desfavoravelmente aos pedidos de compensação tributária, por entendê-los contrários aos interesses da Fazenda estadual, a adoção de posicionamento diverso, *de per se*, não indica que o *animus* do parecerista de beneficiar interesse particular no exercício de suas atribuições. Decerto, a divergência de opinião na atividade consultiva não acarreta responsabilização pessoal, salvo, repita-se, se demonstrado que o parecerista agiu dolosamente ou cometeu erro grosseiro.

Nesse passo, deve ser reconhecido que o fato descrito na peça acusatória não

Superior Tribunal de Justiça

se subsume ao tipo penal previsto no art. 319 do Código Penal. O delito de prevaricação, na modalidade "praticar ato violando disposição expressa de lei", exige que o funcionário público tenha praticado conduta comissiva peremptoriamente vedada em lei, não restando caracterizado o elemento normativo do tipo se houver qualquer dúvida sobre a exegese do dispositivo legal alegadamente contrariado.

Mister se faz consignar, ainda, que o ora recorrente submeteu o seu entendimento a exame da então Procuradora Geral do Estado do Maranhão, a quem competia, em última análise, a prolação do parecer. Da mesma forma, os autos foram previamente encaminhados à Secretaria de Fazenda, que se manifestou favoravelmente ao acordo, bem como à Procuradoria de Justiça da aludida Unidade da Federação, tendo a avença sido homologada judicialmente pelo Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos autos dos Embargos à Execução n. 1593/2003. Outrossim, consta do parecer que a compensação pretendida somente poderia ser autorizada se o Ministério Público do Estado do Maranhão desistisse da ação rescisória por ele ajuizada contra o Precatório Judicial n. 20.161/2009-TJ, donde decorre, igualmente, a impossibilidade de responsabilização penal pelos fatos a ele atribuídos pela exordial acusatória.

Por sua vez, o art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 versa sobre forma especial do crime de advocacia administrativa e pressupõe que os interesses de particular tenham sido intermediados por servidor fazendário, tratando-se, portanto, de crime próprio, o que afasta, em princípio, a possibilidade de incriminação do recorrente quanto a tal crime. Ainda que assim não fosse, em que pese tenham sido descritas condutas praticadas por agentes públicos no âmbito da administração fazendária, que podem, em tese, configurar a prática do referido delito contra a ordem tributária, nada de concreto foi descrito a demonstrar a participação da recorrente nos eventos que envolvem a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão, o que denota a ausência de justa causa para a persecução penal da recorrente, ainda que nos moldes do art. 29 do CP.

Ademais, "na prevaricação, o funcionário público retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou o pratica contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, enquanto na advocacia administrativa ele não tem atribuição para praticar o ato, razão pela qual influencia o agente público dotado de tal poder, em benefício de terceiro, alheio aos quadros da Administração Pública" (MASSON, Cleber. Direito Penal Esquemático. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 701). Considerando que as elementares do crime do art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 são semelhantes àquelas do delito do art. 321 do CP, não parece razoável admitir que a tenha, com a prolação do mesmo parecer, praticado ato comissivo contrário à lei para satisfação de interesse ou sentimento pessoal e, ainda, influenciado a prática por outro agente público de ato que alheio à sua competência.

Demais disso, conquanto a denúncia tenha igualmente imputado ao agente a prática do crime capitulado no art. 2º, c/c o § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013, por supostamente ter dado suporte jurídico ao pleito da organização criminosa dentro da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, limitou-se o *Parquet* a afirmar que o agente elaborou o retrocitado parecer, sem que tenha sido descrita qualquer outra circunstância concreta a indicar a sua participação no grupo criminoso, não restando, decerto, evidenciado o seu vínculo com as supostas manobras praticadas para a antecipação de pagamentos de créditos de empresas favorecidas por agentes públicos.

Lado outro, de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP, 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, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa

Superior Tribunal de Justiça

e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/10/2015).

In casu, infere-se que a inicial acusatória não preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto o órgão acusatório olvidou-se de descrever as condutas atribuídas ao ora recorrente, com a devida acuidade, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

Conquanto incontestes a independência dos membros do Ministério Público, bem como a diferença de sua atuação como titular da ação penal e como fiscal da lei, deve ser ressaltado que a Procuradoria Geral de Justiça, da tribuna, após a leitura do voto do Desembargador Relator, optou por modificar o posicionamento adotado no parecer encartado aos autos do *writ* originário, opinando pela concessão da ordem, a fim de que fosse trancado o processo-crime em relação ao recorrente (e-STJ, 425). Adiado o julgamento após pedido de vista, uma segunda Procuradora de Justiça funcionou nos autos, tendo ela igualmente opinado pela exclusão do acusado do polo passivo da lide, conforme o voto vencido do Relator (e-STJ, fl. 427).

Nesse diapasão, evidenciada, de plano, a flagrante atipicidade das condutas e a inépcia da exordial no tocante ao recorrente, deve ser trancada a ação penal, ressaltando-se a possibilidade de oferta de nova denúncia, desde que atendidos os requisitos do art. 41 do CPP e com fundamento em fatos novos.

Por derradeiro, impõe-se reconhecer que a manifesta atipicidade das condutas imputadas ao recorrente não conduz à conclusão de que os fatos reputadamente criminosos atribuídos aos corréus sejam igualmente atípicos, devendo, portanto, seja dado prosseguimento à persecução penal para que sejam esclarecidos os eventos descritos na peça acusatória.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para determinar o trancamento da Ação Penal n. 19880-63.2016.8.10.0001, em curso na 7ª Vara Criminal da Comarca de São Luis/MA, devendo, porém, ser mantida a persecução penal em relação ao demais réus.

É o voto.