



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 183938 - SC (2023/0239525-6)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ANISIO ANATOLIO SOARES
AGRAVANTE : EDMAR SOUZA
ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393
VALENTINA FABEIRO - SC061893
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *ABOLITIO CRIMINIS*. LICITAÇÃO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AGRAVO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a recurso em *habeas corpus*, no qual se alegava *abolitio criminis* em relação à segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, em razão da revogação pela Lei n. 14.133/2021.
2. Os agravantes foram denunciados por inexigirem licitação sem observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade, conforme art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, e por não demonstrarem dolo específico e prejuízo ao erário, necessários para a configuração do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, atual art. 337-E do Código Penal.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se a revogação da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021 configura *abolitio criminis*, justificando o trancamento da ação penal quanto ao fato 2 da denúncia.
4. Outra questão em discussão é a ausência de descrição do dolo específico e do efetivo dano ao erário, necessários para a tipificação do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, atual art. 337-E do Código Penal.

III. Razões de decidir

5. A nova legislação não reproduziu a conduta de "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade", configurando *abolitio criminis* para essa parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

6. A ausência de descrição do dolo específico e do efetivo dano ao erário impede a tipificação do crime, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.

IV. Dispositivo e tese

7. Agravo provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001137-89.2019.8.24.0007-SC relativamente aos agravantes.

Tese de julgamento: "1. A revogação da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021 configura *abolitio criminis*. 2. A ausência de descrição do dolo específico e do efetivo dano ao erário impede a tipificação do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, atual art. 337-E do Código Penal."

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 8.666/1993, art. 25, inciso I; Lei n. 8.666/1993, art. 89; Código Penal, art. 337-E; Código Penal, art. 107, inciso III.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 2.625.884/MA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/8/2024; STJ, AgRg no AgRg no HC n. 607.605/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023; STJ, AgRg no RHC n. 171.110/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão".

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Messod Azulay Neto.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Daniela Teixeira e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 05 de novembro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 183938 - SC (2023/0239525-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ANISIO ANATOLIO SOARES
AGRAVANTE : EDMAR SOUZA
ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393
VALENTINA FABEIRO - SC061893
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. INEXIGIR LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. "ABOLITIO CRIMINIS." INEXISTÊNCIA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 648/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O trancamento da ação penal em *habeas corpus* situa-se no campo da excepcionalidade, somente cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção de punibilidade.

2. A jurisprudência desta corte é pacífica no sentido de que "[n]ão houve abolitio criminis das condutas tipificadas nos arts. 90 e 96, I, da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021, permanecendo sua criminalização nos arts. 337-F e 337-L, V, do CP" (AgRg no AREsp n. 2.035.619/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022)

3. *Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que a tese de insuficiência probatória não pode ser analisada pela via mandamental, pois demanda amplo exame do conjunto probatório, providência incompatível com os estreitos limites cognitivos do habeas corpus.*

4. A superveniência de sentença condenatória torna prejudicada análise da impetração, por força do enunciado da Súmula n. 648 desta Corte Superior de Justiça.

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por ANÍSIO ANATOLIO SOARES e EDMAR SOUZA contra decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que denegou o *habeas corpus* ali impetrado. Vale conferir a respectiva ementa (e-STJ fl. 47):

HABEAS CORPUS. INEXIGIR LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993). PUGNADO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTES DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DE DOIS FATOS DISTINTOS. ABOLITIO CRIMINIS OPERADA PELA LEI N. 14.133/2021. SEGUNDA PARTE DO ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993 QUE NÃO MAIS FIGURA COMO CRIME. SUPOSTA ATIPICIDADE DE UMA DAS CONDUTAS IMPUTADAS AOS PACIENTES. HIPÓTESE EM QUE A DESCRIÇÃO FEITA NA DENÚNCIA NÃO PERMITE CONCLUIR PELA OCORRÊNCIA DE MERO DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADE PERTINENTE À INEXIGIBILIDADE. SITUAÇÃO EM QUE, EM TESE, OS PACIENTES DEIXARAM DE DEMONSTRAR A PRÓPRIA HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE, QUE SOMENTE ESTARIA CONFIGURADA CASO EVIDENCIADA A IMPOSSIBILIDADE DE COMPETIÇÃO (EXCLUSIVIDADE). POSSÍVEL INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. AVALIAÇÃO QUE DEVERÁ SER MELHOR REALIZADA APÓS A INSTRUÇÃO DO FEITO. TESE AFASTADA. ALEGADA A AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. PACIENTES QUE FORAM ABSOLVIDOS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL. ADEMAIS, AVALIAÇÃO QUANTO AO DOLO ESPECÍFICO E AO PREJUÍZO SOFRIDO PELO ERÁRIO QUE SE MOSTRA PRECIPITADA NESTE MOMENTO. AUTOS QUE SE ENCONTRAM EM FASE INICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA DEVIDA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA PARA APROFUNDAMENTO DO TEMA. CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS SOBRE O TEMA. TRANCAMENTO DA AÇÃO QUE SE MOSTRA PRECIPITADO NESTE MOMENTO. ORDEM DENEGADA.

Por intermédio deste recurso, a defesa sustenta, em síntese: "1- *abolitio criminis*: segunda parte do art. 89 da lei n. 8.666/1993. Fato 2 da denúncia que apenas imputa condutas de "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade". Atipicidade da conduta; 2- Ausência de dano ao erário e dolo específico na conduta dos agentes, o que restou confirmado na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa n. 5000299-61.2019.8.24.0007/TJSC. Idêntico conjunto probatório. Mitigação da independência das instâncias" (e-STJ fl.86).

Requer, por fim, *"o recebimento e processamento do presente Recurso em Habeas Corpus, a fim de que seja reformado o r. acórdão recorrido (Ev. 17 e 30), com a concessão da ordem pleiteada, no sentido de (i) determinar o trancamento da ação penal quanto ao FATO 2 da denúncia, em razão da atipicidade das condutas, porquanto operada a abolitio criminis da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/93; (ii) determinar o trancamento da ação penal em razão da ausência de descrição mínima pelo MPSC quanto ao dolo específico e efetivo dano ao erário em decorrência das condutas dos réus"* (e-STJ fl.104).

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 124/134).

Negou-se provimento ao recurso.

O recorrente interpõe agravo regimental. Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento de seu recurso.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, requerendo o não conhecimento ou o desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo.

Não constato elementos suficientes para reconsiderar o julgamento monocrático, ou prover o presente recurso.

Com efeito, cumpre pontuar, inicialmente, que o trancamento da ação penal em *habeas corpus* situa-se no campo da excepcionalidade, somente cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção de punibilidade.

Nesse sentido: *"o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria, o que não ocorre na espécie"* (AgRg no RHC 130.300/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 27/10/2020). Grifos acrescidos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, é uníssona no sentido de que o *"trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta*

atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas" (AgRg no HC 170.355, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 24/5/2019).

Pois bem.

No que tange à alegada ocorrência de *"abolitio criminis da segunda parte do artigo 89 da Lei n. 8.666/93"* (e-STJ fl. 91), o que implicaria na atipicidade da conduta de *"deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade"* (e-STJ fl.91), verifica-se que não merece prosperar. Senão veja-se a seguinte fundamentação lançada no acórdão do Tribunal de origem (e-STJ fls. 49/50):

"(...) Primeiramente, quanto à tese de que a conduta imputada aos pacientes no fato 2 da denúncia é atípica, em razão da abolitio criminis, realizada pela Lei n. 14.133/2021, entendo que a interpretação da defesa não merece ser referendada. Explico. Dispunha o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 que era crime "Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade" Com o advento da Lei n. 14.133/2021, referido dispositivo foi revogado, sendo substituído, em continuidade normativo-típica, pela hipótese agora prevista no art. 337-E do Código Penal, que dispõe ser crime "Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei". Evidentemente, houve a supressão da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1991, a qual, sabidamente, era questionada pela doutrina, sob o ponto de vista de que previa punição de mera irregularidade administrativa, desprovida de potencialidade lesiva. É neste ponto que divirjo da compreensão defensiva de que o fato 2 da denúncia se amolda à hipótese da já revogada segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Isso porque a hipótese de inexigibilidade de licitação em que os pacientes teriam de estar amparados está disposta no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, que prevê: (...) Ou seja, a própria hipótese de inexigibilidade em análise demanda, necessariamente, aprova da exclusividade da empresa, fornecedor, produtor ou representante comercial do produto ou serviço que se pretende contratar, o que serve como demonstração da impossibilidade de competição (...) A partir dessa premissa, torna-se evidente que a não demonstração da exclusividade, ou seja, da impossibilidade de competição, é suficiente para denotar a não incidência da hipótese de inexigibilidade do inciso I do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o que não se confunde com mera "formalidade pertinente à dispensa ou à inexigibilidade". Portanto, a leitura da denúncia, a partir dessa compreensão, torna bastante claro que a descrição feita pelo Ministério Público indica prática que, em tese, pode amoldar-se ao art. 337-E do Código Penal, veja-se (doc. 237 da Ação Penal): (...) Ou seja, havendo previsão expressa do art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 de que a exclusividade se prova por

meio de "atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes", o fato de que os pacientes não cumpriram minimamente tal requisito torna incabível a incidência da hipótese de inexigibilidade, o que possibilita, em tese, a aplicação do art. 337-E do Código Penal. Dessa forma, ainda que o Parquet tenha escrito que os pacientes "inexigiram licitação deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade" entendo que a descrição total da conduta na denúncia é suficiente para evidenciar a prática de contratação fora das hipóteses de inexigibilidade (...). Grifos acrescidos.

Com efeito, quanto à tese relativa à "abolitio criminis", certo é que a jurisprudência desta corte é pacífica no sentido de que "[n]ão houve abolitio criminis das condutas tipificadas nos arts. 90 e 96, I, da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021, permanecendo sua criminalização nos arts. 337-F e 337-L, V, do CP" (AgRg no AREsp n. 2.035.619/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022)

No mesmo sentido:

"A nova lei não descriminalizou a conduta descrita no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não havendo que se falar em abolitio criminis. O cotejo do art. 337-E do Código Penal com o art. 89 da Lei n. 8.666/19 93 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido" (AgRg no RHC n. 183.906/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023).

"[o] cotejo do art. 337-E (CP) com o art. 89 da Lei 8.666/93 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido, só que em outro dispositivo penal" (AgRg no AREsp n. 1.938.488/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 6ª T., DJe 30/11/2021).

Com relação à alegada carência de provas quanto ao dolo específico dos pacientes, bem como quanto à demonstração de prejuízo ao erário, tem-se que, de igual modo, carece de viabilidade. Vale conferir o que restou consignado no acórdão do Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 52):

"(...) Convém destacar que a Ação Civil de Improbidade Administrativa n. 5000299-61.2019.8.24.0007 em nada se comunica com o fato 2 descrito na denúncia, porquanto esta apenas trata do Edital n. 67/2011 (fato 1) e do Edital n. 47/2006, o qual sequer é objeto da presente Ação Penal. De fato, naquela ação, após pedido ministerial pela improcedência do pedido, os pacientes foram absolvidos, nos termos

do art. 487, I, do CPC, em razão da demonstração da atipicidade da conduta prevista pelo inciso I do art. 11 da referida legislação (desvio de finalidade), que deixou de ser considerado ato de improbidade administrativa, sendo revogado pela Lei n. 14.230/2021, bem como por não haver descrição na inicial quanto ao dolo específico dos agentes e ao prejuízo sofrido pelo erário, o que passou a ser exigido expressamente pelo art. 1º da Lei n. 8.429/1992, após alteração sofrida pela Lei n. 14.230/2021. Ainda que a pretensão defensiva seja legítima, é inconteste que as esferas administrativa, civil e criminal são independentes, o que evidencia que, eventualmente, após a absolvição em Ação Civil de Improbidade Administrativa, é possível que o Ministério Público ofereça denúncia contra os mesmos réus, para apuração da prática de crime, com base, inclusive, em elementos novos. No caso em análise, de fato, a denúncia não aponta de forma expressa o dolo específico dos denunciados, porém, tal qual afirmou a Juíza a quo, parece-me precipitado, na fase do recebimento da denúncia, supor a ausência de dolo dos agentes sem a prévia instrução do feito, para melhor averiguação da conduta, afinal, competirá ao Ministério Público, durante a instrução, a demonstração da especial finalidade dos pacientes ao contratarem sem licitação. Igualmente, quanto ao prejuízo sofrido pelo erário, deverá o Parquet apresentar demonstração mínima do dano efetivo, embora o tenha descrito na denúncia de forma presumida, nos seguintes termos "o proceder dos denunciados resultou em dano ao erário, na medida em que, em razão das condutas aqui descritas, a Administração Pública foi tolhida de seu direito de buscar propostas mais vantajosas inerente à realização de licitação" (doc. 237 da Ação Penal). O entendimento de que o prejuízo é presumido, aliás, é controverso, razão pela qual, nesta fase inicial de cognição, tratando-se de hipótese em que há discussões jurisprudenciais e doutrinárias contundentes sobre a matéria, o trancamento da ação penal seria precipitado (...)" . Grifos acrescidos.

De fato, certo é que **"esta Corte Superior possui pacífica jurisprudência no sentido de que: a tese de insuficiência probatória, a ensejar a pretendida absolvição, não pode ser analisada pela via mandamental, pois depende de amplo exame do conjunto probatória, providência incompatível com os estreitos limites cognitivos do habeas corpus, cujo escopo se restringe à apreciação de elementos préconstituídos não sendo esta a via processual adequada para decisões que dependam de dilação probatória** (AgRg no HC n. 802.688/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 868.208/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023 - destaquei)

Com efeito, "É do devido processo legal que a causa não seja processada, simultaneamente, na origem e na instância recursal. Questões relativas à fragilidade das provas da autoria delitiva não podem ser dirimidas na via sumária do habeas corpus ou do seu recurso por demandarem reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal, inviável na via eleita. A temática deve ser solucionada, em princípio, na ação penal a que responde o ora agravante e

pelo Togado singular.” (AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 170264 – MT, Relator Ministro JOÃO BATISTA MOREIRA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF1) Julgado em 08/08/2023, DJe/STJ nº 3698 de 16/08/2023)

No presente feito, vislumbrada a fundamentação exposta pela origem, não há que se falar, pois, em qualquer ilegalidade ou teratologia na aludida decisão, a qual está devidamente fundamentada e amparada no acervo probatório acostado aos autos.

Não se pode deixar de notar, ademais, que a instrução processual ainda está em andamento, sendo certo que é o Juízo singular a arena adequada para debater as alegadas teses relativas à autoria e à materialidade, haja vista a possibilidade de ampla análise de provas, o que não é viável por meio dos estreitos limites do *habeas corpus*.

Ademais, mesmo que assim não fosse, certo é que como o pedido constante da petição inicial diz respeito ao trancamento da ação penal, a superveniência de sentença condenatória torna prejudicada análise da impetração, por força do enunciado da Súmula n. 648 desta Corte Superior de Justiça, que dispõe que "*A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus*".

Assim, o pedido de trancamento do processo por inépcia da denúncia ou por ausência de justa causa para a persecução penal não é cabível quando já há sentença, pois seria incoerente analisar a mera higidez formal da acusação ou os indícios da materialidade delitiva se a própria pretensão condenatória já houver sido acolhida, depois de uma análise vertical do acervo fático e probatório dos autos. (STJ. 6ª Turma. RHC 32.524/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 4/10/2016).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0239525-6

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
RHC 183.938 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011378920198240007 11378920198240007 50247287420238240000

EM MESA

JULGADO: 05/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANISIO ANATOLIO SOARES

RECORRENTE : EDMAR SOUZA

ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393
VALENTINA FABEIRO - SC061893

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANISIO ANATOLIO SOARES

AGRAVANTE : EDMAR SOUZA

ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393
VALENTINA FABEIRO - SC061893

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão".

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Messod Azulay Neto.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Daniela Teixeira e Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 183938 - SC (2023/0239525-6)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : ANISIO ANATOLIO SOARES
AGRAVANTE : EDMAR SOUZA
ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393
VALENTINA FABEIRO - SC061893
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

VOTO-VENCEDOR

Trata-se de agravo regimental interposto por ANÍSIO ANATOLIO SOARES e EDMAR SOUZA contra decisão que negou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Em razões, os agravantes alegam que houve evidente equívoco na decisão agravada sobre a tese de *abolitio criminis* da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Sustentam que a denúncia narra que os acusados deixaram de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade constantes no art. 25, inciso I, da mesma lei.

Explicam que, *in casu*, a exclusividade do fornecedor é incontestável, tendo em vista que se tratava do único distribuidor do Município. No entanto, a comprovação da exclusividade por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local se trata de conduta abolida em razão da revogação da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Sustentam, assim, que diferentemente do que decidido, o fato de os pacientes não terem cumprido diretamente com tal requisito não impede a incidência da hipótese de inexigibilidade, até porque a exclusividade foi demonstrada por outros fatos.

Afirmam que o cotejo do art. 337- E do Código Penal com o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 evidencia uma continuidade normativa-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido, só que em outro dispositivo penal, com uma exceção apontada pela doutrina no que se refere à conduta de deixar de observar as formalidade pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade

Apontam atipicidade das condutas diante da ausência de indicação do dolo específico e de prejuízo ao erário relativamente ao fato 1 contido na denúncia, necessários para a configuração do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 - atual art. 337-E do Código Penal.

Alegam que a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa n. 5000299-

61.2019.8.24.0007/SC, que tinha por escopo os mesmos fatos imputados na denúncia (fatos 1 e 2), com idêntico conjunto probatório, sem quaisquer elementos novos, reconheceu a ausência de dolo na conduta dos acusados, bem como de dano ao erário, porquanto as despesas são legítimas, vez que foi efetivamente prestado o serviço.

Aduzem que o próprio Ministério Público requereu, nas alegações finais, a improcedência da ação penal.

Requerem a reconsideração da decisão agravada de forma monocrática ou mediante deliberação colegiada, a fim de:

- (i) determinar o trancamento da ação penal quanto ao FATO 2 da denúncia, porquanto operada a *abolitio criminis* da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/93;
- (ii) determinar o trancamento da ação penal em razão da ausência de descrição mínima pelo MPSC quanto ao dolo específico e efetivo dano ao erário em decorrência das condutas dos réus. (e-STJ, fl. 170)

Houve pedido de sustentação oral.

Foi apresentada impugnação ao agravo regimental (e-STJ, fls. 178-187).

Em seu voto, a Ministra Relatora votou pelo desprovimento do agravo regimental.

Pedi vista para melhor análise da questão.

No tocante à primeira alegação, referente à tese de que a conduta imputada aos pacientes no fato 2 da denúncia é atípica, em razão da *abolitio criminis* realizada pela Lei n. 14.133/2021, o Tribunal de Justiça decidiu que:

Com o advento da Lei n. 14.133/2021, referido dispositivo foi revogado, sendo substituído, em continuidade normativo-típica, pela hipótese agora prevista no art. 337-E do Código Penal, que dispõe ser crime "Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei".

Evidentemente, houve a supressão da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1991, a qual, sabidamente, era questionada pela doutrina, sob o ponto de vista de que previa punição de mera irregularidade administrativa, desprovida de potencialidade lesiva.

É neste ponto que dirijo da compreensão defensiva de que o fato 2 da denúncia se amolda à hipótese da já revogada segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Isso porque a hipótese de inexigibilidade de licitação em que os pacientes teriam de estar amparados está disposta no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, que prevê:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Ou seja, a própria hipótese de inexigibilidade em análise demanda, necessariamente, a prova da exclusividade da empresa, fornecedor, produtor ou representante comercial do produto ou serviço que se pretende contratar, o que serve como demonstração da impossibilidade de competição. Sem essa prova, não há como perfectibilizar a hipótese de inexigibilidade.

[...]

A partir dessa premissa, torna-se evidente que a não demonstração da exclusividade, ou seja, da impossibilidade de competição, é suficiente para denotar a não incidência da hipótese de inexigibilidade do inciso I do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o que não se confunde com mera "formalidade pertinente à dispensa ou à inexigibilidade".

Portanto, a leitura da denúncia, a partir dessa compreensão, torna bastante claro que a descrição feita pelo Ministério Público indica prática que, em tese, pode amoldar-se ao art. 337-E do Código Penal, veja-se (doc. 237 da Ação Penal):

No dia 23 de julho de 2012, na Prefeitura Municipal de Governador Celso Ramos, situada na Praça 6 de Novembro, n. 01, Bairro Centro, na cidade de Governador Celso Ramos-SC, nesta Comarca de Biguaçu, os denunciados Anísio Anatólio Soares e Edmar Souza, agindo consciente e voluntariamente, inexigiram licitação deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade, e os denunciados Ozias Deodato Alves Júnior e Décio Baixo Alves, que comprovadamente concorreram para a ilegalidade, beneficiaram-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público.

Isso porque o artigo 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93 autoriza a inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por empresa exclusiva.

No entanto, esse fato, segundo a redação do referido dispositivo, deverá ser comprovado através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou o serviço, pelo sindicato, federação ou confederação patronal ou entidade equivalente.

De igual forma, como visto nas linhas antecedentes, o artigo 26 do mesmo diploma normativo impõe a realização de procedimento prévio de justificação, que deverá conter a justificativa da escolha do fornecedor e do preço.

Apesar disso e da ciência de todos os envolvidos a respeito dessas cominações legais, o denunciado Edmar, ainda na condição de presidente da comissão de licitação do Município de Governador Celso Ramos, solicitou, na data especificada, a realização de procedimento de inexigibilidade de licitação para a aquisição de assinaturas de jornal impresso, com circulação diária e distribuição regional (fl. 169).

O denunciado apresentou como justificativa o fato de que a empresa individual, registrada em nome de Ozias mas administrada também por Décio, era o único jornal distribuído no Município com notícias locais, estando o valor compatível com o de

mercado.

Ato contínuo, Anísio, na condição de Prefeito Municipal, prontamente autorizou a realização do procedimento (fl. 170).

Ocorre que a justificativa não observou os requisitos legais previstos no artigo 26 da Lei n. 8.666/93, tendo em vista que não houve comprovação, na forma e pelos meios previstos no artigo 25, inciso I, do mesmo diploma legal, que a empresa a ser contratada de fato não possuía competidores que poderiam, em igualdade de condições, fornecer ao Município um produto idêntico.

Não bastasse isso, tem-se que o preço da contratação foi estabelecido com base em um único orçamento, apresentado pela empresa que posteriormente foi contratada (fl. 182).

Após a aprovação da contratação mediante inexigibilidade de licitação pelo Prefeito, o Município de Governador Celso Ramos celebrou, ainda no mesmo dia, o Contrato n. 83/2012 com a empresa individual de propriedade do denunciado Ozias (extrato de publicação de fl. 165).

Assim, o proceder dos denunciados resultou em dano ao erário, na medida em que, em razão das condutas aqui descritas, a Administração Pública foi tolhida de seu direito de buscar propostas mais vantajosas inerente à realização de licitação.

Os denunciados Décio e Ozias concorreram para a consumação das ilegalidades e delas beneficiaram- se para firmar contrato com o Município de Governador Celso Ramos, conforme indicado anteriormente.

Isso porque, conforme detalhado no tópico "Fato 1", apesar da existência de pessoas jurídicas distintas criadas por Décio e Ozias e do fato de que o contrato foi assinado apenas por Ozias na condição de empresário individual, o Jornal Biguaçu em Foco e a empresa individual (CNPJ n. 72.365.789/0001-51) são, na prática, administrado por ambos os denunciados, de modo que o proveito econômico decorrente da celebração do contrato supramencionado foi revertido em favor dos dois denunciados. [grifei]

Ou seja, havendo previsão expressa do art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 de que a exclusividade se prova por meio de "atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes", o fato de que os pacientes não cumpriram minimamente tal requisito torna incabível a incidência da hipótese de inexigibilidade, o que possibilita, em tese, a aplicação do art. 337-E do Código Penal.

Dessa forma, ainda que o *Parquet* tenha escrito que os pacientes "inexigiram licitação deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade" entendo que a descrição total da conduta na denúncia é suficiente para evidenciar a prática de contratação fora das hipóteses de inexigibilidade. (e-STJ, fls. 49-50; grifou-se.)

O fato 2 encontra-se assim narrado na denúncia:

FATO 2

No dia 23 de julho de 2012, na Prefeitura Municipal de Governador Celso Ramos, situada na Praça 6 de Novembro, n. 01, Bairro Centro, na cidade de Governador Celso Ramos-SC, nesta Comarca de Biguaçu, os denunciados Anísio Anatólio Soares e Edmar Souza, agindo consciente e voluntariamente, inexigiram licitação deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade, e os denunciados Ozias

Deodato Alves Júnior e Décio Baixo Alves, que comprovadamente concorreram para a ilegalidade, beneficiaram-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público.

Isso porque o artigo 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93 autoriza a inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por empresa exclusiva.

No entanto, esse fato, segundo a redação do referido dispositivo, deverá ser comprovado através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou o serviço, pelo sindicato, federação ou confederação patronal ou entidade equivalente.

De igual forma, como visto nas linhas antecedentes, o artigo 26 do mesmo diploma normativo impõe a realização de procedimento prévio de justificação, que deverá conter a justificativa da escolha do fornecedor e do preço.

Apesar disso e da ciência de todos os envolvidos a respeito dessas cominações legais, o denunciado Edmar, ainda na condição de presidente da comissão de licitação do Município de Governador Celso Ramos, solicitou, na data especificada, a realização de procedimento de inexigibilidade de licitação para a aquisição de assinaturas de jornal impresso, com circulação diária e distribuição regional (fl. 169).

O denunciado apresentou como justificativa o fato de que a empresa individual, registrada em nome de Ozias mas administrada também por Décio, era o único jornal distribuído no Município com notícias locais, estando o valor compatível com o de mercado.

Ato contínuo, Anísio, na condição de Prefeito Municipal, prontamente autorizou a realização do procedimento (fl. 170).

Ocorre que a justificativa não observou os requisitos legais previstos no artigo 26 da Lei n. 8.666/93, tendo em vista que não houve comprovação, na forma e pelos meios previstos no artigo 25, inciso I, do mesmo diploma legal, que a empresa a ser contratada de fato não possuía competidores que poderiam, em igualdade de condições, fornecer ao Município um produto idêntico.

Não bastasse isso, tem-se que o preço da contratação foi estabelecido com base em um único orçamento, apresentado pela empresa que posteriormente foi contratada (fl. 182).

Após a aprovação da contratação mediante inexigibilidade de licitação pelo Prefeito, o Município de Governador Celso Ramos celebrou, ainda no mesmo dia, o Contrato n. 83/2012 com a empresa individual de propriedade do denunciado Ozias (extrato de publicação de fl. 165).

Assim, o proceder dos denunciados resultou em dano ao erário, na medida em que, em razão das condutas aqui descritas, a Administração Pública foi tolhida de seu direito de buscar propostas mais vantajosas inerente à realização de licitação.

Segundo a narrativa acusatória, os denunciados Anísio Anatólio Soares e Edmar Souza contrataram diretamente determinada empresa, que seria o único jornal distribuído no Município com notícias locais, deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade, isto é, desatenderam ao disposto no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, que exige comprovação da inexigibilidade através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou o serviço, pelo sindicato, federação ou

confederação patronal ou entidade equivalente.

Extrai-se da denúncia que, apesar da ciência de todos os envolvidos a respeito das cominações legais, "o denunciado Edmar, ainda na condição de presidente da comissão de licitação do Município de Governador Celso Ramos, solicitou, na data especificada, a realização de procedimento de inexigibilidade de licitação para a aquisição de assinaturas de jornal impresso, com circulação diária e distribuição regional", apresentando "como justificativa o fato de que a empresa individual, registrada em nome de Ozias mas administrada também por Décio, era o único jornal distribuído no Município com notícias locais, estando o valor compatível com o de mercado".

Nos termos da inicial, a justificativa não observou os requisitos legais previstos no artigo 26 da Lei n. 8.666/1993, tendo em vista que não houve comprovação, na forma e pelos meios previstos no artigo 25, inciso I, do mesmo diploma legal (atestado), que a empresa a ser contratada, de fato, não possuía competidores que poderiam, em igualdade de condições, fornecer ao Município um produto idêntico.

O questionamento da defesa, assim, é no sentido de que a denúncia imputou aos acusados a prática da conduta constante na parte final do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, isto é, de inobservância às formalidades pertinentes à inexigibilidade constantes no art. 25, inciso I, da mesma lei, que deveria ser feito por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local, conduta que foi abolida em razão da revogação da segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Daí entendem pela atipicidade da conduta descrita na denúncia relativamente ao Fato 2.

Acerca das alterações promovidas pela nova legislação, a doutrina (CHAIM, 2022, p. 1650), de forma sucinta, passou a identificar as seguintes diferenças:

A nova lei não mais prevê a conduta de "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade". Considero a alteração benéfica. Se o agente admitiu, possibilitou ou deu causa à contratação direta ilegal, incorrerá no crime do artigo 337-E. Por outro lado, se era mesmo o caso de dispensa ou inexigibilidade, e o sujeito tão somente deixou de observar formalidades legais, a conduta não se reveste de gravidade suficiente para autorizar a incidência do Direito Penal, em homenagem ao princípio da intervenção mínima. [...] A nova lei não reproduziu o parágrafo único do artigo 89 da Lei 8.666/93.

Conforme explicam Denise Mendes, Jeferson Antonio Fernandes Bacelar e Giussepp Mender, in *Direito Público e suas transversalidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 572, "a partir do momento em que o legislador opta por suprimir a conduta omissiva contida no art. 89 da Lei nº 8.666/93 do art. 337-E, pode-se falar que, quanto a essa parte, ocorreu a *abolitio criminis*".

Adiante, na p. 574, explicitam que "para todos aqueles que estão sendo processados pelo *error in procedendo*, ou seja, por não promover, ao estrito cumprimento da lei, os aspectos formais de um procedimento administrativo para dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve-se declarar extinta a sua punibilidade, caso ainda estejam com processo em trâmite ou em fase de execução da pena, ante a *abolitio criminis* da parte final do art. 89 da Lei nº 8.666/93 com o advento da Lei nº 14.133/2021 e a alteração do CP, com o acréscimo do art. 337-E em seu diploma legal. Isso porque deve-se considerar a retroatividade da lei penal mais benéfica (*novatio legis in melius*) e, consequentemente, extinguir a punibilidade do agente com fundamento no art. 107, inciso III, do CP".

De fato, a nova lei não descriminalizou a conduta descrita na primeira parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não havendo que se falar em *abolitio criminis* nesse aspecto. Esta Corte, com efeito, vem registrando que o cotejo do art. 337-E do Código Penal com o art. 89 da Lei 8.666/93 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato descrito na parte inicial do dispositivo foi mantido, tendo sido descriminalizada apenas a segunda parte, referente à conduta de deixar de observar formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Conforme registrado pelo Ministério Público estadual, "[e]m relação à parte final do tipo previsto no revogado artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 houve mesmo a alegada *abolitio criminis*. A conduta de deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação não consta no artigo 337-E do Código Penal ou em outro dispositivo" (e-STJ, fl. 38).

Dentro desse contexto, todos aqueles que ainda respondem na seara criminal, exclusivamente, por terem 'deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade' devem ter reconhecida a extinção de sua punibilidade, nos termos do art. 107, inciso III, do Código Penal c.c. o art. 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal. Sendo esse o caso dos ora agravantes.

No tocante à alegação de atipicidade das condutas diante da ausência de indicação do dolo específico e de prejuízo ao erário, necessários para a configuração do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 - atual art. 337-E do Código Penal, o Tribunal de Justiça registrou que "a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa n. 5000299-61.2019.8.24.0007/SC em nada se comunica com o fato 2 descrito na denúncia, porquanto esta apenas trata do Edital n. 67/2011 (fato 1) e do Edital n. 47/2006, o qual sequer é objeto da presente Ação Penal" (e-STJ, fl. 52; grifou-se).

Embora não diga respeito ao fato 2 descrito na denúncia, segundo se observa do acórdão *a quo*, a ação de improbidade abarcava o Edital n. 67/2011 (fato 1), tendo os agravantes sido absolvidos na ação civil por não haver descrição na inicial quanto ao dolo específico dos agentes e ao prejuízo sofrido pelo erário.

Além disso, o próprio Tribunal de Justiça reconhece que "[n]o caso em análise, de fato, a denúncia não aponta de forma expressa o dolo específico dos denunciados", mas deixou de acolher a pretensão da defesa, confirmando o posicionamento adotado pela magistrada singular de que seria "precipitado, na fase do recebimento da denúncia, supor a ausência de dolo dos agentes sem a prévia instrução do feito" (e-STJ, fl. 52).

Ocorre que "[n]o julgamento da APn n. 480/MG, esta Corte Superior decidiu, por maioria, que seria imprescindível a presença do dolo específico de causar danos ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993." (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 2.625.884/MA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 28/8/2024; grifou-se).

Nesse sentido, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO RECICLAGEM. CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES. ARTS. 89 E 92 DA LEI N. 8.666/1993. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DOS ELEMENTOS TÍPICOS. DOLO ESPECÍFICO. ORDEM CONCEDIDA. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL NA ORIGEM. AGRAVOS REGIMENTAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DESPROVIDOS.

I - Conforme o entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte Superior de Justiça, para a configuração dos delitos previstos nos arts. 89 e 92 da Lei n. 8.666/1993, é imprescindível que o Ministério Público aponte minimamente, na exordial acusatória, o dolo específico, consistente na vontade de causar dano ao erário, bem como demonstre o efetivo prejuízo causado à administração pública. Precedentes.

II - Neste agravo regimental, não foram apresentados argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, devendo ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC n. 607.605/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 23/8/2023; grifou-se.)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DISPENSA E FRAUDE A LICITAÇÃO. TRANCAMENTO. PACIENTE RESPONSÁVEL PELA EMISSÃO DO PARECER FAVORÁVEL À DISPENSA DE LICITAÇÃO. DESCRIÇÃO DO INDISPENSÁVEL NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA IMPUTADA E A OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE O DENUNCIADO E OS DEMAIS CORRÉUS QUE PROCEDERAM DE FORMA INDEVIDA. INEXISTÊNCIA. ÓBICE AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DESCRIÇÃO DA INTENÇÃO DO AGENTE EM LESAR O ERÁRIO E O EFETIVO PREJUÍZO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.
2. No caso, o Ministério Público Federal atribuiu ao acusado a conduta de colaborar para a formalização de contratos irregulares apenas pelo fato de ele ser o responsável pela emissão do parecer favorável às contratações imputadas de ilegais, deixando-se de se descrever o necessário nexo causal entre a conduta atribuída e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.
3. Sem a mínima menção à atuação ou contribuição do acusado na empreitada criminosa, imputou-se-lhe a ocorrência do fato delituoso, consubstanciando-se exclusivamente na função exercida por ele, situação que impossibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa.
3. Não se demonstrou também de que forma a dispensa da licitação configurou o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993. Não ficou nítida na inicial acusatória a intenção do agente em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de prejuízo. Em outras palavras, não há, na inicial ofertada pelo Parquet, menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao erário.
4. Conforme entendimento pacificado nesta Corte, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, devem ficar demonstradas a intenção dos agentes em lesionar os cofres públicos e a existência de dano ao erário (APn n. 480/MG, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15/6/2012).
5. Agravo regimental provido para conceder ordem de *habeas corpus* para declarar a inépcia da inicial acusatória e, por conseguinte, a nulidade de todo o processo em relação ao paciente, ressalvada a possibilidade de oferecimento de nova denúncia com a correta individualização das ações a ele atribuídas, que efetivamente possam ter contribuído para a prática delituosa, ensejando, desse modo, o exercício da ampla defesa.

(AgRg no RHC n. 171.110/BA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 3/7/2023; grifou-se.)

A conclusão da magistrada singular vai de encontro, portanto, ao entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "[a]inda que irregular a dispensa de licitação, a falta de imputação do dolo específico e do efetivo dano ao erário impede a admissão de tipicidade ao crime da lei de licitações" HC 411.677/PR, relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 3/9/2019, DJe 10/10/2019).

Confira-se a narrativa do Ministério Público referente ao fato 1:

FATO 1

Nos dias 2 de junho de 2011, 17 de junho de 2011 e 27 de junho de 2012, na Prefeitura Municipal de Governador Celso Ramos, situada na Praça 6 de Novembro, n. 01, Bairro Centro, na cidade de Governador Celso Ramos-SC e nesta Comarca de Biguaçu, os denunciados Anísio Anatólio Soares e Edmar Souza, agindo consciente e voluntariamente, inexigiram licitação fora das hipóteses previstas em lei e deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade, e os denunciados Ozias Deodato Alves Júnior e Décio Baixo Alves, que comprovadamente concorreram para

a ilegalidade, beneficiaram-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público, por duas vezes.

Com efeito, o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 veda, em redação de clareza suficiente para não permitir a persistência de dúvida, a contratação por qualquer ente público de serviços técnicos de publicidade e divulgação através de inexigibilidade de licitação.

Inobstante tal contexto, que era de pleno conhecimento de todos os denunciados, o denunciado Edmar Souza, que exercia a função de presidente da comissão de licitação do Município de Governador Celso Ramos, solicitou a abertura de processo de inexigibilidade de licitação ao Prefeito Municipal, voltado à contratação de serviços especializados de publicidade institucional (fl. 102).

Por sua vez, Anísio Anatólio Soares, na qualidade de Prefeito do Município de Governador Celso Ramos, autorizou a realização de contratação, por inexigibilidade de licitação, denominada de "credenciamento", consoante o documento de fl. 101.

Ato contínuo, com a autorização do alcaide, Edmar publicou, no dia 2 de junho de 2011, o Edital de Credenciamento n. 67/20111 (fls. 85-92), tornando público o processo de inexigibilidade de licitação para a contratação de espaço para publicações em jornais.

Salienta-se, inclusive, que não bastasse a vedação legal anteriormente mencionada, a inexigibilidade foi levada a efeito pelos denunciados sem a observância do processo de justificação previsto no artigo 26 da Lei n. 8.666/93, tendo em vista que não foi precedida de qualquer motivação acerca da escolha do fornecedor dos serviços, tampouco de justificativa do preço, considerando que apenas um orçamento foi utilizado para embasar a fixação dos preços da contratação, justamente aquele oferecido pelo Jornal Biguaçu em Foco (fl. 104), empresa que foi posteriormente contratada para fornecer os serviços.

Assim, no dia 17 de junho de 2011, o Município de Governador Celso Ramos, representado pelo denunciado Anísio, celebrou o Termo de Credenciamento para Prestadores de Serviços Especializados na Área da Publicidade Institucional n. 87/2011 (fls. 49-54) com a empresa Jornal Biguaçu em Foco Ltda. ME (CNPJ n. 07.067.398/0001-22), que era de propriedade e administrada pelo denunciado Décio Baixo Alves, materializando-se, com isso, a contratação ilegal.

O mesmo edital de credenciamento realizado ao arrepio da legislação de regência também serviu de base para a celebração, no dia 27 de junho de 2012, do Termo de Credenciamento para Prestadores de Serviços Especializados na Área da Publicidade Institucional n. 80/2012 (fls. 28-33) entre o Município de Governador Celso Ramos, e o denunciado Ozias Deodato Alves Junior, na qualidade de empresário individual (CNPJ n. 72.365.789/0001-51).

Assim, o proceder dos denunciados resultou em dano ao erário, na medida em que, em razão das condutas aqui descritas, a Administração Pública foi tolhida de seu direito de buscar propostas mais vantajosas inerente à realização de licitação.

Os denunciados Décio e Ozias concorreram para a consumação das ilegalidades e delas beneficiaram-se para firmar contratos com o Município de Governador Celso Ramos, conforme indicado anteriormente.

Anota-se que ambas as contratações realizadas com o Município de Governador Celso Ramos beneficiaram os irmãos Décio e Ozias.

Isso porque, em que pese os contratos terem sido celebrados com pessoas jurídicas distintas, não havendo, em tese, identidade entre seus quadros societários, conforme os documentos de fls. 35 e 59, tal separação era apenas jurídica, tendo em vista tratar-se de empresa única.

Isso porque as pessoas jurídicas tinham sede no mesmo local e idêntico nome fantasia. Ademais, os pagamentos pelos serviços prestados eram realizados ora em favor da pessoa jurídica Jornal Biguaçu em Foco Ltda. ME, administrada, em tese, apenas por Décio, ora em favor da empresa individual de Ozias, mesmo após a celebração de contrato com este último (fls. 23-24). Por fim, em que pese não compor o quadro societário do Jornal Biguaçu em Foco Ltda. ME, Ozias apresentava-se como sócio proprietário e diretor comercial do Jornal Biguaçu em Foco (fl. 48), evidenciando a confusão entre a administração de ambas as empresas e o benefício econômico obtido pelos denunciados com as duas contratações.

Da análise da inicial acusatória e conforme bem referido pela parte agravante, "não há qualquer referência à ocorrência de efetivo dano ao erário, limitando-se a indicar o valor total dos contratos e aduzir que a Administração Pública teria sido tolhida de seu direito de buscar propostas mais vantajosas inerentes à realização de licitação, sem, no entanto, demonstrar eventual sobrepreço/superfaturamento ou quanto daquele montante estaria fora dos padrões aceitáveis no mercado ou, ainda, se a contraprestação seria condizente com a cifra paga pelo município" (e-STJ, fl. 164).

Dentro desse contexto, isto é, reconhecida, com relação ao fato 1 descrito na inicial acusatória, a ausência de descrição do dolo específico de lesar os cofres públicos, bem como a descriminalização da conduta relacionada ao fato 2, relativa à última parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, posto que não foi repetida pelo disposto no art. 337-E do Código Penal, entendo pelo acolhimento, *in totum*, das teses da defesa.

Sendo assim, divirjo da Ministra Relatora para dar provimento ao agravo regimental, a fim de determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001137-89.2019.8.24.0007-SC relativamente aos ora agravantes.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0239525-6

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
RHC 183.938 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011378920198240007 11378920198240007 50247287420238240000

EM MESA

JULGADO: 10/09/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANISIO ANATOLIO SOARES

RECORRENTE : EDMAR SOUZA

ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393

VALENTINA FABEIRO - SC061893

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANISIO ANATOLIO SOARES

AGRAVANTE : EDMAR SOUZA

ADVOGADOS : LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO - SC041393

VALENTINA FABEIRO - SC061893

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DRA. VALENTINA FABEIRO *P/AGRAVANTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao agravo regimental, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Ribeiro Dantas."

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto.