



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 186866 - SP (2023/0321951-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MARCELO JOSE ORTEGA
ADVOGADO : MARCELO JOSÉ ORTEGA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP400982
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/1993. ARTIGO 337-E DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE NORMATICO-TÍPICA. DESCRIÇÃO ADEQUADA DA CONDUTA NO ACUSADO. INICIAL ACUSATÓRIA APTA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITUAÇÃO LEGAL. DOLO ESPECÍFICO. DESCRIÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente 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.

2. A nova lei não descriminalizou a conduta descrita no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e o cotejo do art. 337-E do Código Penal com o art. 89 da Lei 8.666/1993 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido.

3. No caso, a denúncia imputa ao recorrente a prática do delito descrito no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal. Os verbos incriminadores do novo art. 337-E do Código Penal são: admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. A conduta imputada ao recorrente na exordial acusatória se enquadra no tipo penal em análise, na medida em que foi descrito que ele concorreu para a dispensa indevida de licitação.

4. É assente o entendimento nesta Corte no sentido de que, segundo o princípio da correlação entre denúncia e sentença, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica indicada na inicial acusatória, não havendo que se falar em cerceamento de defesa nesse ponto.

5. Verifica-se dos autos a existência de descrição exaustiva e pormenorizada da atuação do agravante, sugestiva da prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, com todas as suas elementares, deixando entrever o dolo específico de causar dano ao Erário, bem como o efetivo prejuízo causado à Administração Pública, pois a alegada situação emergencial invocada para autorizar a dispensa de licitação não restou caracterizada, uma vez que a aquisição de equipamentos de informática "servidor de rede" e *software* configura situação rotineira e previsível. Dentro desse contexto, a exordial atende aos requisitos necessários para a deflagração da ação penal.

6. "Na linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia

apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública." (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 29/6/2021).

7. O reconhecimento da ausência de justa causa e atipicidade da conduta é providência inviável na via estreita do *writ*, por exigir profundo exame do contexto probatório dos autos. Referida tarefa é reservada ao Juízo processante que, no decorrer da instrução processual, analisará as teses suscitadas pela defesa.

8. Hipótese em que o trancamento da ação penal com relação ao corréu Marcelo Ornelas Fragoso se deu "unicamente em razão da opinião manifestada em seu parecer de fls. 92/93 dos autos originais, sem que exista qualquer outro indício de que ele estivesse agindo em coautoria com os demais acusados". (e-STJ, fl. 1271). Segundo o acórdão, ele "sequer participou de todo o procedimento licitatório, uma vez que assumiu o cargo de assessor jurídico durante a realização do ato administrativo, revelando que não concorreu para a solicitação do pedido de dispensa indevida de licitação." (e-STJ, fl. 1271). Tal situação é de ordem estritamente pessoal e não tem o condão de atingir a situação do ora recorrente, contra o qual, ainda nos termos do acórdão, "subsiste justa causa para o recebimento da denúncia" (e-STJ, fl. 1270).

9. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 26 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 186866 - SP (2023/0321951-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MARCELO JOSE ORTEGA
ADVOGADO : MARCELO JOSÉ ORTEGA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP400982
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/1993. ARTIGO 337-E DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE NORMATICO-TÍPICA. DESCRIÇÃO ADEQUADA DA CONDUTA NO ACUSADO. INICIAL ACUSATÓRIA APTA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITUAÇÃO LEGAL. DOLO ESPECÍFICO. DESCRIÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente 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.

2. A nova lei não descriminalizou a conduta descrita no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e o cotejo do art. 337-E do Código Penal com o art. 89 da Lei 8.666/1993 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido.

3. No caso, a denúncia imputa ao recorrente a prática do delito descrito no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal. Os verbos incriminadores do novo art. 337-E do Código Penal são: admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. A conduta imputada ao recorrente na exordial acusatória se enquadra no tipo penal em análise, na medida em que foi descrito que ele concorreu para a dispensa indevida de licitação.

4. É assente o entendimento nesta Corte no sentido de que, segundo o princípio da correlação entre denúncia e sentença, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica indicada na inicial acusatória, não havendo que se falar em cerceamento de defesa nesse ponto.

5. Verifica-se dos autos a existência de descrição exaustiva e pormenorizada da atuação do agravante, sugestiva da prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, com todas as suas elementares, deixando entrever o dolo específico de causar dano ao Erário, bem como o efetivo prejuízo causado à Administração Pública, pois a alegada situação emergencial invocada para autorizar a dispensa de licitação não restou caracterizada, uma vez que a aquisição de equipamentos de informática "servidor de rede" e *software* configura situação rotineira e previsível. Dentro desse contexto, a exordial atende aos requisitos necessários para a deflagração da ação penal.

6. "Na linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia

apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública." (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 29/6/2021).

7. O reconhecimento da ausência de justa causa e atipicidade da conduta é providência inviável na via estreita do *writ*, por exigir profundo exame do contexto probatório dos autos. Referida tarefa é reservada ao Juízo processante que, no decorrer da instrução processual, analisará as teses suscitadas pela defesa.

8. Hipótese em que o trancamento da ação penal com relação ao corréu Marcelo Ornelas Fragoso se deu "unicamente em razão da opinião manifestada em seu parecer de fls. 92/93 dos autos originais, sem que exista qualquer outro indício de que ele estivesse agindo em coautoria com os demais acusados". (e-STJ, fl. 1271). Segundo o acórdão, ele "sequer participou de todo o procedimento licitatório, uma vez que assumiu o cargo de assessor jurídico durante a realização do ato administrativo, revelando que não concorreu para a solicitação do pedido de dispensa indevida de licitação." (e-STJ, fl. 1271). Tal situação é de ordem estritamente pessoal e não tem o condão de atingir a situação do ora recorrente, contra o qual, ainda nos termos do acórdão, "subsiste justa causa para o recebimento da denúncia" (e-STJ, fl. 1270).

9. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **MARCELO JOSÉ ORTEGA** contra decisão que negou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Em suas razões, o agravante reitera a argumentação originária de inépcia da denúncia e ausência de justa causa para a ação penal diante da inexistência dos elementos caracterizadores do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e de descrição do dolo específico de lesar o patrimônio público.

Afirma que a exordial se baseou em lei revogada, pois por ocasião do oferecimento da denúncia já estava em vigor a lei que revogou o art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Alega, assim, que não está discutindo a *abolitio criminis* e tampouco a continuidade típico-normativa, mas a aptidão da denúncia que descreveu verbos do revogado dispositivo.

Alega atipicidade da conduta pois o recorrente nunca foi Secretário Municipal de Administração de Avaré - SP, não tendo nenhuma ingerência sobre essa pasta, tendo tão somente encaminhado a solicitação ao departamento de licitação em atendimento a uma solicitação emergencial do Departamento de Tecnologia da Informação, justificada em parecer técnico, para evitar a perda de dados públicos.

Requer a reconsideração do decisum de forma monocrática ou por deliberação colegiada.

É o relatório.

VOTO

O agravo não comporta provimento, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente 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.

Como registrado na decisão agravada, não é cabível a discussão de suposta ocorrência de *abolitio criminis* ou questionamentos acerca da continuidade típico-normativa. A questão já foi elucidada no âmbito desta Corte no sentido de que a nova lei não descriminalizou a conduta descrita no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e 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 foi mantido.

E a alegação de inépcia da denúncia que se baseou em lei revogada não prevalece. A denúncia imputa ao recorrente a prática do delito descrito no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal, porque:

MARCELO JOSÉ ORTEGA solicitou ao Departamento de Licitação, em 08 de abril de 2011, a abertura de licitação com custo estimado de R\$115.485,00, tendo como objetivo a “contratação de empresa especializada para fornecimento de equipamentos de informática “servidor de rede” e software para substituição em regime de urgência, bem como prestação de serviços para instalação”. Na solicitação fez constar que não havia tempo hábil para os trâmites licitatórios administrativos para a compra dos equipamentos, devido à urgência de infraestrutura pronta a ser disponibilizada pelo Departamento de Tecnologia da Informação. (fls. 47/48).

No mesmo dia, ROGÉLIO BARCHETTI URRÊA autorizou a abertura de procedimento de dispensa de licitação objetivando a aquisição de equipamentos de informática “servidor de rede” e software para substituição em regime de urgência, bem como prestação de serviços para instalação, com valor estimado global de R\$ 115.485,00 (fls 65).

[...]

Assim, no dia 19 de abril de 2011, houve a ratificação do procedimento de dispensa de licitação pelo denunciado ROGÉLIO BARCHETTI URRÊA (fls 94).

Desta forma, ROGÉLIO dispensou licitação fora dos casos previstos na legislação especial, para o fornecimento de equipamentos de informática “servidor de rede” e softwares para substituição, tendo por beneficiária a empresa Fiorelli Soluções Tecnológicas Ltda. -ME, através da dispensa de licitação nº 57/2011 e respectivo contrato nº 149/2011, tendo os MARCELO JOSÉ ORTEGA e MARCELO ORNELAS FRAGOSO concorrido para a dispensa indevida.

A alegada situação emergencial, invocada pelos denunciados para autorizar a dispensa de licitação, não restou caracterizada, pois, tratava-se de situação rotineira, previsível, e que, portanto, permitia à Administração se programar com antecedência para realizar um certame licitatório. Cabia, então, elaborar planejamento oportuno, que garantisse a continuidade da execução dos trabalhos. (e-STJ, fls. 186-187)

Os verbos incriminadores do novo art. 337-E do Código Penal são: admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. A conduta imputada ao recorrente na exordial acusatória se enquadra no tipo penal em análise, na medida em que foi descrito que ele concorreu para a dispensa indevida de licitação.

Foi como decidiu a Corte *a quo*:

Releva notar que a Lei nº 14.133/21, ao revogar expressamente o artigo 89, da Lei nº 8.666/93, inseriu no artigo 337-Edo Código Penal a figura típica da “contratação indireta ilegal”, que consiste em admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta nos casos não previstos em lei. (e-STJ, fl. 1190)

Além disso, é assente o entendimento nesta Corte no sentido de que, segundo o princípio da correlação entre denúncia e sentença, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica indicada na inicial acusatória, não havendo que se falar em cerceamento de defesa nesse

ponto.

A tese de inépcia da denúncia, que não teria descrito o elemento subjetivo do tipo (dolo específico), também não merece acolhimento.

Verifica-se dos autos a existência de descrição exaustiva e pormenorizada da atuação do agravante, sugestiva da prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, com todas as suas elementares, deixando entrever o dolo específico de causar dano ao Erário, bem como o efetivo prejuízo causado à Administração Pública, pois a alegada situação emergencial invocada para autorizar a dispensa de licitação não restou caracterizada, uma vez que a aquisição de equipamentos de informática "servidor de rede" e *software* configura situação rotineira e previsível.

Dentro desse contexto, a exordial atende aos requisitos necessários para a deflagração da ação penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 89, *CAPUT*, DA LEI 8.666/93 e ART. 1º, II, DO DECRETO LEI 201/67. PRESENÇA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A EMBASAR A EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE, ADEMAIS, ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA DA PERSECUÇÃO PENAL. SÚMULA N. 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 29/6/2021.). Nessa linha, o delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 pune a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo, conforme entendimento desta Corte, crime material que exige para a sua consumação a demonstração, ao menos em tese, do dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta (RHC 87.389/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 6/10/2017).

2. No presente caso, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto com base em prova documental, descreve a conduta atribuída à recorrente - que nos procedimentos de inexigibilidade de Licitação 012/2014 e 012/2015, a gestora municipal, não indicou as razões das escolhas nem as justificativas dos preços, violando as exigências previstas no art. 26, incisos II e III, da Lei n. 8.666/93 utilizando-se indevidamente de verbas públicas em benefício das empresas contratadas.

3. Ademais, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido de reconhecer a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação demandaria o reexame das provas, o que não se viabiliza em recurso especial, a teor do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

4. Não há que se falar em violação do art. 619 do CPP, isso porque todas as teses recursais foram afastadas de forma fundamentada pelo Tribunal de origem. Não há que se confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.035.255/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022; grifou-se.)

Ressalte-se que "[n]a linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública." (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 29/6/2021).

Sendo assim, não prevalecem os argumentos da parte recorrente, devendo a ação penal ter o seu normal prosseguimento, a fim de elucidar os fatos adequadamente narrados pela acusação, que, da forma como expostos, permitem o pleno exercício da ampla defesa.

É necessário frisar, ainda, que o reconhecimento da ausência de justa causa e atipicidade da conduta é providência inviável na via estreita do *writ*, por exigir profundo exame do contexto probatório dos autos. Referida tarefa é reservada ao Juízo processante que, no decorrer da instrução processual, analisará as teses suscitadas pela defesa.

Por derradeiro, cumpre anotar que o trancamento da ação penal com relação ao corréu Marcelo Ornelas Fragoso se deu "unicamente em razão da opinião manifestada em seu parecer de fls. 92/93 dos autos originais, sem que exista qualquer outro indício de que ele estivesse agindo em coautoria com os demais acusados". (e-STJ, fl. 1271). Segundo o acórdão, ele "sequer participou de todo o procedimento licitatório, uma vez que assumiu o cargo de assessor jurídico durante a realização do ato administrativo, revelando que não concorreu para a solicitação do pedido de dispensa indevida de licitação." (e-STJ, fl. 1271).

Tal situação é de ordem estritamente pessoal e não tem o condão de atingir a situação do ora recorrente, contra o qual, ainda nos termos do acórdão, "subsiste justa causa para o recebimento da denúncia" (e-STJ, fl. 1270).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no RHC 186.866 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0321951-5

Número de Origem:

15054886520228260073 21151976620238260000

Sessão Virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCELO JOSE ORTEGA

ADVOGADO : MARCELO JOSÉ ORTEGA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP400982

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORRÉU : ROGELIO BARCHETI URREA

CORRÉU : MARCELO ORNELLAS FRAGOZO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -
CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCELO JOSE ORTEGA

ADVOGADO : MARCELO JOSÉ ORTEGA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP400982

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024