

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE DISPENSA
INDEVIDA DE LICITAÇÃO: UM RESGATE
JURISPRUDENCIAL À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

LEANDRO GUIMARÃES DE AQUINO

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2015**

**A NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE DISPENSA
INDEVIDA DE LICITAÇÃO: UM RESGATE
JURISPRUDENCIAL À LUZ DA TEORIA DO BEM
JURÍDICO**

por

Leandro Guimarães de Aquino

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A A NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE DISPENSA
INDEVIDA DE LICITAÇÃO: UM RESGATE
JURISPRUDENCIAL À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO**

elaborada por
Leandro Guimarães de Aquino

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch
(Presidente/Orientador)

XXXXXXXX
(Universidade Federal de Santa Maria)

XXXXXXXX
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 00 de dezembro de 2015.

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**A NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE DISPENSA
INDEVIDA DE LICITAÇÃO: UM RESGATE
JURISPRUDENCIAL À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO**

AUTOR: **LEANDRO GUIMARÃES DE AQUINO**

ORIENTADOR: **JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH**

Data e Local da defesa: Santa Maria, 00 de dezembro de 2015.

Licitação é o procedimento administrativo necessário a administração pública para a obtenção da melhor proposta para a contratação de serviços, obras, e outros interesses públicos, podendo ser dispensada apenas se houver compatibilidade com as previsões dos dispositivos 24 e 25 da lei de licitações, a lei 8.666 de 1993. O presente trabalho busca dar a exata natureza jurídica do crime de dispensa indevida de licitação, delito previsto no art.º 89 da Lei 8.666 de 1993, que considera como ilícito penal a dispensa indevida de licitação, ou a sua inexigibilidade fora das hipóteses previstas em lei, especificamente no art.º 24 e 25 respectivamente. Ocorre que paira sobre o judiciário brasileiro, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), divergências a respeito da classificação do ilícito penal em questão. Uma corrente, afirma se tratar de delito material, sendo indispensável para sua configuração a comprovação de prejuízo econômico ao erário, bem como dolo específico do agente penal em questão. Em outro passo, parte dos magistrados e doutrinadores, especialistas em nosso ordenamento pátrio, acreditam que o dispositivo em questão busca coibir um crime formal, de mera conduta, resguardando acima de tudo os valores constitucionais que protegem a Administração Pública, sendo desnecessário que resulte em dano econômico aos cofres públicos. Neste contexto, através de renomada doutrina, buscar-se-à dar a exata natureza jurídica do crime de dispensa indevida de licitação.

Palavras-Chaves: licitação; lei de licitações; dispensa; inexigibilidade; comprovação de prejuízo econômico ao erário.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

TÍTULO TRADUZIDO

Author: Leandro Guimarães de Aquino

Adviser: Jerônimo Siqueira Tybusch

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 00nd, 2015

Bidding is the administrative procedure required the government to obtain the best proposal for the procurement of services, works and other public interests, can be waived only if there is compatibility with the predictions of the devices 24 and 25 of the law of tenders, the law 8666 1993. This work seeks to give the exact legal nature of improper bidding dispensation crime, offense provided for in article 89 of Law 8.666 of 1993, which it regards as a criminal offense the improper dismissal of bidding, or its enforceability out of cases provided by law, specifically in article 00:25 respectively. Is hovering over the Brazilian judiciary, particularly in the context of the Superior Court of Justice (STJ), disputes regarding the classification of the criminal offense in question. A current, says it is material offense, is essential to your configuration proof of economic loss to the treasury, as well as specific criminal intent of the agent in question. In another step, the part of judges and legal scholars, experts in our parental planning, believe that the device in question seeks to restrain a formal crime, mere conduct, protecting above all the constitutional values that protect the public administration, and needless to result in economic damage to the public coffers. In this context, through renowned doctrine, be sought for to give the exact legal nature of improper bidding dispensation crime.

Keywords: bidding; law of tenders; dispensation; improper dismissal of bidding; needless to result in economic damage to the public cofers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 APONTAMENTOS A RESPEITO DO CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI 8. 666 DE 1993	10
1.1 Licitação: conceitos, objetivos, princípios, dispensa e inexigibilidade.....	10
1.2 Apontamentos doutrinários específicos a respeito do delito de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação.....	22
2 A (DES) NECESSIDADE DE DANO AO ERÁRIO E ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO ART. 89, DA LEI 8.666 DE 1993 À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	31
2.1 Breve evolução da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça	31
2.2 Análise do crime de dispensa indevida ou inexigibilidade de licitação, previsto no artigo 89 da Lei 8.666 de 1993 à luz da teoria do bem jurídico...41	
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Sabidamente, a Administração Pública é adstrita aos princípios constitucionais da: moralidade, publicidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, a teor do disposto no caput, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, bem como o previsto no art. 2º, da L 9784/99.

A par de tais normas, em sentido amplo, as posturas da Administração Pública devem ser voltadas ao interesse público, nos contornos, obviamente da legalidade e, em contrapartida, impõe-se que toda atividade estatal seja guiada por uma postura impessoal e isonômica, em relação aos Administrados.

Atento a essas diretrizes, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece como postulado a necessidade de observância de licitação. Licitação é o procedimento administrativo que visa á escolha da melhor oferta, segundo critérios objetivos previstos no instrumento convocatório, a proposta de contrato mais vantajosa para a Administração pública, assegurando ampla participação entre os interessados, bem como o seu tratamento isonômico, observado todos os requisitos legais exigidos.

Prevista na lei 8.666/93, a licitação, via de regra, é o meio para se concretizar as contratações da Administração Pública. Porém, no mesmo diploma legal, verifica-se com a leitura dos artigos 24 e 25 da presente lei, instituíram-se respectivamente a dispensa de licitação e a inexigibilidade da mesma. Nestes casos, o administrador público esta autorizado a contratar sem prévio procedimento licitatório.

Contudo, há um desvirtuamento e abusos na utilização do instrumento jurídico apontado. A par dessa realidade, a legislação, tanto na esfera da improbidade administrativa (Lei 8429), quanto na esfera criminal (L 8666, art.89), faz uso de mecanismos de repreensão para tal agressão ao ordenamento jurídico.

Nessa ordem de ideias, a legislação federal de licitações e contratos administrativo sanciona com 03 (três) a 05 (cinco) anos de detenção, além de multa, a conduta de dispensar ou inexigir licitação, fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades relativas à dispensa ou à inexigibilidade. No entanto, tal dispositivo penal tem sido alvo de diversas controvérsias a respeito de sua interpretação, tanto para doutrinadores do direito, quanto para os tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em suas próprias turmas, não possui jurisprudência sedimentada a respeito do tema. De um lado, parcela das

turmas daquela Corte delibera que a dispensa indevida se trata de crime material, de dolo específico, reclamando, para sua configuração, que a acusação aponte a lesividade financeira ao Erário decorrente do ato em questão, bem como o objetivo do Administrador produzir tal resultado.

Todavia, outras turmas entendem que não, e a lesividade derivaria do próprio desrespeito à legislação federal que rege a matéria, o que, por si só, traria vulnerabilidade aos preceitos jurídicos tutelados pela norma penal, aqui grifada, de sorte que a dispensa indevida de licitação seria um delito de mera conduta, prescindindo, portanto, prova do prejuízo econômico ao erário.

Frente tamanha insegurança jurídica, bem como a ausência de uniformidade no tratamento jurisprudencial sobre o tema, nasce a problemática e, por linha de desdobramento, o próprio objetivo do presente trabalho, que pretende dar a exata natureza jurídica do crime em questão, bem como responder quanto à (des) necessidade de comprovação de prejuízo econômico ao erário para sua configuração.

A justificativa para a elaboração desta pesquisa também pode ser desmembrada em vários enfoques. Primeiramente, sob um prisma social, é inegável o papel que o denominado Direito Penal das Licitações possui como ingrediente moralizador da atividade estatal, sobretudo no campo das contratações públicas, razão pela qual a correta interpretação de seus preceitos incriminadores é imprescindível para garantir a prevenção e repressão de ilegalidades nessa esfera da atuação estatal.

De outro lado, sob um prisma científico, a pesquisa se justifica pela ausência de estabilidade interpretativa do tema pela jurisprudência, motivo pelo qual se faz mister avaliar tal problemática à luz de teorias penais consistentes.

Nessa perspectiva, a pesquisa foi desenvolvida em dois lances. No primeiro capítulo, serão desenvolvidos aspectos teóricos a respeito dos institutos da dispensa e inexigibilidade de licitação, avançando-se, em sequência, para delinear as principais características do tipo penal previsto no art. 89, da L 8.666/93.

Na sequência, será introduzida a problemática pertinente à divergência jurisprudencial a respeito de sua interpretação, passando-se, por fim, a buscar uma resposta juridicamente adequada, à luz da denominada teoria do bem jurídico.

Em tal direção, utilizar-se-á o método indutivo para, à luz da sobredita teoria, alcançar uma conclusão satisfatória. Os métodos de procedimento, a seu turno,

será, basicamente, o monográfico, invocado, aqui, para traçar uma conceituação a respeito do delito examinado, sob as lentes de um Direito Penal alinhado à Constituição Federal.

1 DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO: APONTAMENTOS A RESPEITO DO CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI 8.666 DE 1993

1.1 Licitação: conceitos, objetivos, princípios, dispensa e inexigibilidade.

Conforme declinado no decorrer da introdução, a presente pesquisa busca avaliar os principais aspectos pertinentes ao delito previsto no art. 89, caput, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666 de 1993), apontando os principais aspectos pertinentes ao seu bem jurídico e requisitos para sua tipificação.

É natural, no entanto, que, preliminarmente ao exame direto do objeto que o presente estudo ora se propõe, trace-se algumas ponderações relativas ao próprio conceito da licitação, resgatando aspectos teóricos pertinentes aos seus objetivos, princípios e elencando as hipóteses em que está autorizada a sua dispensa e inexigibilidade.

Nessa linha, iniciar-se-á no exame do conceito de licitação. Segundo Hely Lopes Meirelles, licitação é o precedente necessário à firmação de um pacto contratual com a Administração Pública, este, a seu turno, é o consectário lógico da primeira. Veja-se:

Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas o procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor¹

Partindo-se dessa ideia geral, é cabível invocar a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro para determinar a conceituação do instituto. Para a renomada autora, licitação é um procedimento administrativo, no qual o administrador no exercício da função administrativa abre a todos os interessados a possibilidade, sujeitadas às condições fixadas em prévio instrumento convocatório, a possibilidade

¹ MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 296

de formularem propostas, dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato ².

Assim, partindo-se dessa premissa, pode-se conceituar licitação como um procedimento administrativo, vale dizer, uma série de atos preparatórios ao objetivo final da Administração: a celebração do contrato administrativo. Naturalmente, o certame licitatório é o alinhamento de diversas medidas interligadas, sempre, é óbvio, nos lindes da legalidade, com vistas a eleger a proposta mais vantajosa entre os licitantes.

Com efeito, os procedimentos licitatórios encontram fundamento constitucional. Na dicção do Magno Texto (CF, art. 37, XXI), ressalvados em casos excepcionais desenhados em legislação extravagante, qualquer contratação de obras, serviços, compras e alienações que a Administração porventura vier a celebrar reclamam, como requisito de validade, um processo de licitação pública, pautado pela igualdade de condições entre todos os interessados. Veja-se a redação do dispositivo constitucional em referência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Avançando, à maneira do que sucede com os demais atos submetidos ao regime jurídico de Direito Público, o procedimento licitatório não pode se desalinhar dos princípios da Administração Pública, muitos deles desenhados no art. 37, caput, da Constituição, acima transcrito.

Neste momento torna-se necessária uma análise acerca dos princípios que permeiam o instituto da licitação. Com o objetivo de dar a devida importância a tais preceitos inerentes ao procedimento licitatório, mesmo que sem exaurir todas as suas características, todavia deixando clara a sua observação para o alcance do objetivo público.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.370.

Primeiro insta indicar que princípios são norteadores de conduta, compondo regras que devem ser observadas sempre que necessário a tomada do procedimento licitatório, de modo geral, compondo mandamentos básicos e fundamentais ao instituto em tela, conferindo sua leal finalidade e lógica.

Leciona a respeito do tema o renomado autor Celso Antônio Bandeira Mello no sentido de que, os princípios compõem o mandamento nuclear de um sistema, atuando como alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico³. Ainda comentando que ao violar um princípio o agente age de modo mais do que se descumprisse uma norma qualquer, pois ao violar um princípio se ofende todo um sistema.

Neste prisma, temos disposto no artigo 3º da Lei 8666/93, a seguinte recomendação:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nota-se com a leitura do dispositivo, que a primeira preocupação do legislador foi garantir a isonomia, pedido constitucional, que visa garantir não só a justa competição entre os licitantes, mas também a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, proporcionado a todos os interessados.

Continuando a leitura do dispositivo em tela nasce a preocupação com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e publicidade.

Sob a ótica da legalidade, principio de extrema importância á Administração Pública, de igual modo essencial ao Estado de Direito, busca-se pautar a atuação do

³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 902.

agente administrativo conforme a vontade da lei, evitando discricionariedades e abusos de poder por parte dos agentes públicos.

Através do princípio da legalidade, esta o Estado e todos os seus órgãos vinculado á lei, com a licitação não seria diferente, visto que se encontra até disciplinada em legislação própria, a lei 8.666/93, sendo feita a promoção da observância quanto a legalidade no art. 4º do referido diploma:

Art. 4º - Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o Art. 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Observa ainda, Lúcia Valle Figueiredo que embora a legalidade direcione toda a atividade administrativa, não pode (a legalidade) ser entendida de forma tão simplista, de modo que o administrador deixe de praticar tais atos por não ter encontrado respaldo na lei, pois o administrador, esta sujeito de forma bem mais ampla não só a lei, mas todo um ordenamento jurídico, abrangendo normas e outros princípios constitucionais⁴.

Por fim, argumenta Elias Freire, que este princípio, no campo das licitações, vincula o administrador as prescrições legais que regem todo o procedimento licitatório, bem como seus atos e fases, desta forma, torna-se necessário o devido processo legal pela Administração Pública, sendo-lhe exigida que a modalidade escolhida seja a correta, com critérios seletivos bem claros, assim como a não realização da licitação deve estar abarcada nos casos previstos em lei, ou seja, devendo ser observado durante todo o procedimento todos os passos legais ⁵.

Continuando a leitura do art. 3º da lei 8.666 de 1993, temos o princípio da impessoalidade que visa garantir a despersonalização da atividade administrativa, visando o interesse coletivo em detrimento do particular, garantindo o mesmo tratamento a todos os administrados, sem discriminações, favorecimentos ou perseguições.

O princípio da igualdade ou isonomia é de vital importância a consecução dos objetivos públicos via licitação, tendo em vista que a Administração Pública busca a

⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direito dos licitantes**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p 21.

⁵ FREIRE, Elias. **Direito administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.110.

contratação mais vantajosa, isso só será possível, caso haja igualdade no tratamento dos concorrentes ao procedimento licitatório, pois seguramente não há competição justa sem que exista isonomia entre os concorrentes. Nesta ordem de considerações, o próprio artigo 3º do diploma em tela, em seu § 1º, inciso I, veda que os agentes públicos incluam ou admitam, cláusula ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Passando pelo princípio da moralidade, temos a preocupação do legislador pátrio em obrigar os agentes públicos a atuarem conforme valores éticos, de lealdade, e com boa fé nas suas relações administrativas. Nota-se que o princípio em pauta, no âmbito da licitação, também buscar condicionar a atuação dos próprios licitantes, corroborando com uma disputa honesta, e favorecendo para lisura do procedimento licitatório, evitando conluios e fraudes, sob pena de violarem tal princípio, e invalidarem a licitação.

Neste sentido, posiciona-se magistralmente Marçal Justen Filho ao sugerir que:

(...) na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente para validade dos atos⁶.

Encerrado o assunto da moralidade, faz-se necessário, considerações acerca da probidade administrativa, que consiste na maneira correta de proceder com os atos administrativos, deveres atribuídos por lei ao administrador público, que observando juntamente o princípio da moralidade, devendo primar pelo interesse público, e promover a seleção da atuação mais acertada possível.

O princípio da publicidade se mostra essencial ao Estado Democrático de Direito, ordenando a divulgação de atos e contratos celebrados pela Administração Pública para conhecimento, controle e início de seus efeitos.

Diógenes Gasparini em sua obra de direito administrativo leciona que a publicação de um ato administrativo para surtir os efeitos desejados é a feita em órgão oficial, de modo que não se considera como tendo atendido ao princípio da publicidade a mera notícia, veiculada pela imprensa falada, escrita ou televisiva, do

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ED. São Paulo: Dialética, 2000, p.71.

ato praticado pela Administração Pública, mesmo que a divulgação ocorra em programas dedicados a noticiar assuntos relativos ao seu dia a dia, como é o caso do programa de rádio A Voz do Brasil ⁷.

No terceiro parágrafo do art. 3º da lei 8.666 de 1993, verifica-se disposição neste sentido, determinando que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Nessa baliza, Fernanda Marinela Santos aduz que a licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, deve observar o princípio da publicidade, de modo que permita o conhecimento dos demais interessados, bem como o controle dos administrados. Por estas razões, os atos e termos da licitação, inclusive a motivação devem ser expostos ao conhecimento de quaisquer interessados, com sessões abertas, como ato público ⁸.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, agora sobre o princípio da supremacia do interesse público, diz que este deve estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública, de modo a inspirar o legislador e vincular a autoridade administrativa em toda a sua atuação⁹.

Através da supremacia do interesse público, que como o nome sugere é a sobreposição do interesse público em detrimento do particular, embora também proteja direitos individuais, tem o objetivo essencial de atender ao interesse da coletividade, o bem estar da sociedade.

Sobre isto, pondera Odete Medauar, ao dizer soberanamente que:

a Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não haja sacrifícios ‘a priori’ de nenhum interesse; sendo o objetivo dessa função a busca da compatibilidade ou conciliação dos interesses com a minimização dos sacrifícios¹⁰.

Indo em sentido parecido, temos o princípio da indisponibilidade do interesse público, um dos mais importantes do direito administrativo, tratando a função

⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.66.

⁸ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlhas, 2010, p.64.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. Ed. São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2004, p 152.

administrativa como irrenunciável, de modo que os agentes públicos no exercício de suas atividades não podem retardar ou deixar de agir em prol do interesse público.

Diogenes Gasparini propõem em sua obra de direito administrativo que o detentor da disponibilidade dos interesses públicos é o Estado, e por essa razão, há a necessidade de leis para alienar bens, para outorgar concessão de serviços públicos, relevar prescrição, e tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública¹¹.

Neste viés, deve-se ainda observar o princípio da Vinculação do instrumento convocatório, através deste, estão obrigados os licitantes a adequarem suas propostas ao edital de convocação do procedimento licitatório, vinculando também a Administração Pública, que conforme o artigo 41, da lei de licitações (L8666/93), observa-se que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.”

Neste viés, defini Hely Lopes Meireles, define tal princípio como o princípio básico da licitação, afirmando:

que nem se compreenderia caso a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O *edital* é a *lei interna da licitação*, e, como, tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.¹²

Corroborando com a justa competição, tão necessária à licitação, temos o princípio do julgamento objetivo, o qual vincula o administrador público a selecionar a melhor proposta segundo critérios objetivos, sendo vedado o subjetivismo, devendo os julgadores, atuarem de forma impessoal, isentos e se aterem a questões técnicas, e estabelecidas em lei ou no próprio instrumento de convocação.

Assim, deve o edital estabelecer de forma clara e precisa qual será o critério para a seleção da proposta vencedora, sendo este escolhido, não poderá outro critério ser escolhido pela comissão de licitação, nem outros fatores não previstos no instrumento convocatório. Leciona Elias Freire que tal preceito visa afastar a discricionariedade na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se aos critérios já prefixados pela Administração, de modo, que se no edital estiver

¹¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.72.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 275.

previsto o critério do menor preço, não poderá ser escolhida a proposta de menor técnica¹³.

Ademais ainda temos os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da economicidade. Os dois primeiros em linhas gerais buscam dar ao ato normativo sua exata proporção, de modo que o administrador público aja com intensidade e amplitude adequada a situação, da maneira que tal ato não ultrapasse o limite necessário a sua finalidade, que deve ser atender aos interesses públicos.

Nesta linha posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello, que em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade¹⁴. Sobre a economicidade, urge ressaltar, que seu objetivo é assegurar a Administração Pública a seleção da melhor proposta, de modo que a economicidade esteja diretamente ligada a indisponibilidade do interesse público, e que os recursos públicos devem ser gastos da maneira mais eficaz possível. Nesse prisma, Marçal Justen Filho posiciona-se da seguinte forma:

Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios - também avaliáveis em diversos âmbitos¹⁵.

Nesse momento, passa-se a fazer considerações a respeito dos institutos que permitem a dispensa ou a inexigibilidade da licitação, esta que em regra constitui antecedente obrigatório para a maioria dos contratos administrativos a serem celebrados pela Administração Pública.

O procedimento licitatório como falado visa a consecução do interesse público, objetivando a melhor proposta para a contratação. Ocorre que às vezes tal procedimento pode acabar por prejudicar os interesses públicos, dificultando os objetivos, diante de situações que tornam inconveniente a utilização deste instrumento pelo poder público.

Em algumas hipóteses a Administração pública, poderá optar pela contratação direta, ou seja, sem licitação, observado os artigos 24 e 25 da lei de

¹³ FREIRE, Elias. *Direito Administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.112.

¹⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.99.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ED. São Paulo: Dialética, 2014, p.73.

licitação, a lei 8.666/93, que tratam respectivamente de dispensa de licitação e inexigibilidade da mesma. Desta forma, não havendo pluralidade de propostas, objetos, licitantes, ou verificada a inviabilidade de competição, poderá o administrador público valer-se da contratação direta para efetivar obras, e serviços públicos de seu interesse.

A dispensa de licitação ocorrerá quando houver possibilidade factível de competição entre os licitantes, pressuposto este da licitação, mas que por critérios de oportunidade conveniência, e sendo observadas as possibilidades trazidas no artigo 24º da lei de licitações, será facultada a sua realização.

Neste sentido, Odete Medauar emiti o seguinte parecer “a dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade , sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta a sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo¹⁶.”

Deste modo, fazendo um apanhado geral dos mais de 20 incisos contidos no artigo 24 da lei de licitação (L8666/93), tem-se que a licitação poderá ser dispensada, em linhas gerais, por três critérios: a) pequeno valor; b) situações excepcionais; c) peculiaridades da pessoa contratada ou do objeto que se busca obter.

No primeiro critério, é faculdade do administrador a dispensa da licitação, devido o baixo valor da contratação que se pretende realizar, pois não compensaria o custo com o procedimento licitatório. Conforme leitura dos dois primeiros incisos do artigo 24 do diploma em análise, as obras e serviços de engenharia que forem dispensadas da licitação não poderão ultrapassar quinze mil reais. Ao passo que para a Administração Pública contratar ou comprar outros serviços, este limite será de até oito mil reais.

Já nos casos das situações excepcionais, são ainda mais incisos trazendo as hipóteses em que será concebível a dispensa do procedimento licitatório. Logo no inciso IV, do artigo 24 da lei 8.666, verifica-se a possibilidade de dispensar a licitação em casos de emergência e calamidade pública. São casos em que a urgência da situação não permite esperar a conclusão de uma licitação, devendo o administrador público priorizar a situação em questão, no intuito de não

¹⁶ MEDAUAR, ODETE. **Direito administrativo moderno**. 8. Ed. São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2004, p. 244.

comprometer ainda mais a segurança dos administrados, bem como evitar maiores prejuízos às obras e serviços em questão.

Neste mesmo leque de situações excepcionais, temos ainda a possibilidade de se dispensar a licitação para que a União intervenha no domínio econômico, de modo a autorizar o Estado a adquirir e alienar bens que permita equilibrar o seu balanço patrimonial, sem a utilização do procedimento em questão, seja para regular os preços ou normalizar o abastecimento.

Verifica-se ainda, a possibilidade de dispensa nos casos em que já tenha havido licitação deserta¹⁷ (sem licitantes na anterior), ou também nos casos em que os licitantes ofertem preços acima dos valores praticados no mercado. Em ambos os casos será obrigado a comprovação da licitação já frustrada anteriormente. Ademais, verifica-se ainda a previsão de dispensa de licitação para abastecimento de navios, ou casos que envolvam a segurança nacional etc...

Quanto ao terceiro critério, que diz respeito às peculiaridades do objeto ou da pessoa contratada, são casos em que a dispensa de licitação é permitida pela especificidade do objeto ou desta pessoa que se pretende contratar. Temos por exemplo a hipótese trazida no artigo 24, inciso XIII, que permite tal dispensa quando for contratar entidades que tenham como finalidade a pesquisa, ensino e o desenvolvimento tecnológico, desde que estas não visem lucro. Ainda há previsão semelhante para a contratação de associação de portadores de deficiência física, ou para a contratação de serviços de fornecimento de energia elétrica.

Já quanto às peculiaridades dos objetos a serem contratados, encontram-se previsões para dispensar a licitação, por exemplo, nos casos de produtos hortifrutigranjeiros, pães, perecíveis e outros. Semelhante previsão é adotada quando da contratação de imóveis específicos para a utilização da Administração Pública, desde que avaliados previamente, e comprovado a sua compatibilidade com o valor de mercado.

Findo os comentários sobre a dispensa de licitação, passa-se a pincelar sobre inexigibilidade de licitação, nesses lindes, prevê o artigo 25 da lei de licitações:

¹⁷ Inscrito no artigo 24, da lei 8.666 de 1993, inciso V, verifica-se a hipótese de licitação deserta, disposto da seguinte forma: “ quando não acudirem interessados a licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.

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 do registro de comércio do local em que se realizaria a licitação ou obra, ou serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II. para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais e empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III. para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Sobre o respectivo dispositivo comenta Hely Lopes Meirelles:

Em todos esses casos a licitação é *inexigível* em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato¹⁸.

O que significa dizer que a realização do procedimento licitatório é materialmente impossível em face da singularidade do objeto, tendo como fator comum para todos os casos em que se operar a inexigibilidade de licitação, a própria inviabilidade de disputa, ou a falta de pluralidade de possíveis licitantes.

Por fim, cabe ressaltar que tanto para se dispensar licitação quanto para sua inexigibilidade, faz-se necessário uma justificativa do motivo que levou a não realização do procedimento licitatório, recomendado de forma expressa, no art. 26, da lei 8.666/93, da seguinte forma:

Art.26 – As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art.17 e nos incisos III a XXIV do art.24, as situações de inelegibilidade referidas no artigo 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único – O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído no que couber, com os seguintes elementos:

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 284.

- I – caracterização da situação emergente ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III – justificativa do preço;
- IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Desta leitura, extrai-se que estas exigências visam limitar a atuação do administrador público que deverá se valer de critérios objetivos no intuito de dar a melhor alternativa ao interesse público, este irrenunciável. Desta forma devendo o administrador provar em sua justificativa que não só agiu em conformidade com a lei, todavia também buscou a melhor opção a satisfação dos interesses públicos.

Portanto a licitação é a regra a ser cumprida para as contratações que a Administração Pública buscar concretizar, compondo uma série de passos necessários a obtenção da melhor proposta. Presente no artigo 24 da lei 8.666/93, verificamos a possibilidade de se dispensar licitação, constituindo em seus incisos, hipóteses que em que pese haja competição, esta será afastada por critérios de oportunidade e conveniência do administrador público. Ao passo que o instituto da inexigibilidade de licitação se dará nos casos, que por razões de fato ou de direito a disputa pela contratação se torne inviável.

Devendo para ambos os dispositivos acima mencionados conter expressa justificativa, conforme o artigo 26 do diploma licitatório em questão, e ainda, observar os princípios básicos que orientam não só a licitação, mas toda a Administração Pública, de modo que o administrador nunca deixe de celebrar realmente o contrato mais vantajoso em sua atividade administrativa, sem incorrer no crime previsto no artigo 89 da lei 8.666/93, que dispõem a respeito do crime de dispensa indevida de licitação.

1.2 Apontamentos doutrinários específicos a respeito do delito de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação.

No subitem anterior, declinou-se algumas considerações a respeito da licitação, sua importância, seus princípios regentes e seus objetivos, à luz da doutrina administrativista especialista na matéria.

De outro lado, ponderando que o presente trabalho tenciona analisar o delito de dispensa indevida de licitação, desenhado no art. 89, da Lei n. 8666/1993, importa, neste lance da pesquisa, aprofundar algumas ponderações doutrinárias preliminares a respeito do injusto penal em espécie. É o que se passa a fazer nas linhas que seguem.

Na dicção da Lei 8.666 de 1993, o fato *de dispensar ou inexigir licitação, fora das hipóteses previstas na legislação, além da conduta de deixar de observar as formalidades correlatas à dispensa ou inexigibilidade*, são medidas reprimidas pela lei penal, sancionada com detenção de 03 (três) a 05 (cinco) anos, além de multa.

Na mesma direção, a lei sob exame também penaliza, nos mesmos lindes do *caput*, *aquele que, tendo comprovado concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficia-se da dispensa ou inexigibilidade para celebrar contratação com o Poder Público*. Confira-se a íntegra:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Bem se vê, portanto, que o diploma legal em referência buscou, pela via do Direito Penal, assentar a importância jurídica do instituto da licitação, nos termos do que preleciona o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. Além da regra de índole constitucional, cabe aludir que há um mandamento internacional para prevenção e repressão de crimes derivados de práticas ilícitas em certames licitatórios, conforme se deflui da leitura da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) contra a corrupção, a qual, em seu art. 9º, estabelece:

Cada Estado Participante, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção¹⁹

Não há como olvidar a respeito das razões que orientaram a introdução de disposições penais na Lei 8.666, distanciando-se, aqui, do Decreto Lei n. 2.306 de 1986, o qual não explicitava qualquer conteúdo criminal para reprimir e prevenir ilicitudes perpetradas em certames concorrenciais.

Com efeito, na linha de pensamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, em palestra proferida²⁰ no seminário intitulado *20 anos da Lei Federal n. 8.666/93*, promovido na Escola Superior de Gestão e Contas Públicas Conselheiro Eurípedes Sales, centro difusão de conhecimento sobre administração pública do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, um dos motivos que respaldou o legislador a minudenciar, até de certa forma exagerada, segundo a doutrinadora, as formalidades pertinentes às modalidades de licitação foi uma tentativa de barrar a prática de atos de corrupção envolvendo essa matéria, que sempre foi palco de verdadeiros absurdos envolvendo recursos públicos.

Avançando, analisa-se os principais marcos teóricos do delito em referência, à luz da doutrina específica sobre o tema.

Quanto ao **bem jurídico** tutelado pela norma penal aqui grifada, é predominante, em nível doutrinário, o entendimento de que se 'cuida da moralidade administrativa, especialmente quanto aos princípios da competitividade e da isonomia'²¹.

Paulo José da Costa Jr alude à mesma compreensão:

Objetividade jurídica: É a moralidade administrativa e a lisura das concorrências, em que são validamente premiados os que oferecem melhores condições ao Estado.²²

¹⁹ A norma internacional foi incorporada ao ordenamento jurídico Brasileiro por intermédio do Decreto n. 5.687 de 2006, cuja íntegra pode ser acessada em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm > . Acesso em 08 nov. 2015

²⁰ A palestra pode ser conferida em: < <https://www.youtube.com/watch?v=tRvPPdqsL9E> >. Acesso em 08 nov. 2015.

²¹ BALTAZAR, José Paulo Baltazar Júnior. **Crimes Federais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p.902.

²² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal das licitações**: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

Na mesma ordem de ideias, André Guilherme Tavares de Freitas pondera que a objetividade jurídica do injusto penal em lição é a busca, especialmente, para garantir a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa da licitação, chancelando, por vias transversas, a moralidade administrativa, a qual é lesada por práticas das condutas desenhadas neste tipo penal incriminador.²³

É com base nessas considerações que João Marcelo de Araújo Jr. reputa que a dispensa ou inexigibilidade indevida de certame licitatório pode ser catalogado como um delito de obstáculo. Veja-se:

[...] Pois, na realidade o que a Lei deseja punir é a celebração de contratos administrativos com violação da regra da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.²⁴

No que tangencia ao **sujeito ativo** do delito, Vicente Greco Filho leciona que, no caso do caput do artigo, o sujeito ativo é o **administrador** (*intraneus*), que declara a dispensa ou a inexigibilidade ou não obedece ao seu procedimento legal, ao passo em que, na hipótese veiculada no parágrafo único, é o particular (*extraneus*), contratante ou pretendente a contratante que concorre para a contratação ilegal²⁵.

À maneira do que preconiza o art. 327, do Código Penal (doravante apenas 'CP'), o art. 84, da Lei n. 8666/1993 adotou um conceito amplo do servidor público, alcançando todos aqueles que, ainda que transitoriamente, sem vínculo efetivo com o Estado, atuem como gestores de recursos públicos. Logo, embora não possam, para fins de Direito Administrativo, serem catalogados como servidores públicos, em sentido estrito, a norma penal aqui grifada alcança todos aqueles que assumem funções públicas, ainda que sem receber qualquer remuneração. É o que ressaí da leitura do dispositivo aqui grifado:

Lei n. 8666/1993 (Lei de Licitações e Contratos)
Art. 84. **Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.**

²³ FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crimes na lei de licitações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010, p.51.

²⁴ ARAÚJO JR., João Marcello de. Espaço Jurídico-criminal dos Tribunais de Contas. Brevíssimas Notas sobre o crime do art. 89, da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 176

²⁵ GREGO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Nessa perspectiva, impõe-se concluir que as condutas alinhavadas no *caput*, do art. 89, da Lei n. 8666/1993, são delitos classificados como próprios, assim entendidos *aqueles que se exige uma determinada qualidade ou condição especial do agente*²⁶. Naturalmente, por ser elementar, ainda que subjetiva, do injusto penal, comunica-se aos demais coautores e partícipes do delito (CP, art. 30), admitindo, em linha de consequência, concurso de agentes (CP, art. 29).

Noutro giro, não há maiores controvérsias em relação **ao sujeito passivo**. Conforme expresso na própria legislação extravagante (Lei 8.666/1993, art. 85), as infrações penas ali inculpidas são pertinentes às licitações e aos contratos levados a efeito pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, além de qualquer outra entidade sob o seu controle direto ou indireto.

Dito de outro modo, a sujeição passiva do crime em questão é fortemente imbricada com o próprio conceito de Administração Pública, direta ou indireta. A esse título, as considerações trazidas por Vicente Greco Filho devem ser referendadas neste ponto:

Sujeito passivo é o Estado, personificado na pessoa jurídica às normas de licitação da lei, colocada em situação de dano ou perigo em virtude da prática da infração. A pessoa jurídica é que poderá intentar a ação penal privada subsidiária no caso de inércia do Ministério Público (art. 103 do CP c/c os arts. 29 e 30 do CPP) e também ingressar como assistente na ação penal pública²⁷

Volvendo ao exame da dicção legal, cabe refletir que o art. 89 (*caput* e parágrafo único), em uma redação única, erigiu normas proibitivas em relação à **04 (quatro)** condutas. 03 (três) destas inseridas no *caput*, do dispositivo: dispensar licitação, fora das hipóteses previstas em lei; inexigir licitação, fora das hipóteses

²⁶ BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral I. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

²⁷ GREGO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61 a 62.

previstas em lei e; deixar de observar as formalidades atinentes à dispensa ou a inexigibilidade.

Trata-se, a toda evidência, de *norma penal em branco, assim entendida como aquelas que reclamam um complemento normativo para respaldar a tipicidade objetiva do injusto penal em questão*. Nesse tema, a doutrina esclarece:

Não é, pois, este tipo exauriente, isto é, não descreve, de forma integral, exaustiva, a conduta proibida, necessitando, de tal sorte, de um complemento, para que então possa ser visualizada a conduta típica penal. A necessidade de complemento aqui é facilmente observada pelo emprego das expressões 'fora das hipóteses previstas em lei' e 'formalidades pertinentes', pelo que necessita essa norma de disposições integradoras para que seja complementado o seu preceito incriminador²⁸

Na linha de raciocínio desenvolvida no subitem precedente, o art. 24, da Lei 8.666 de 1993, em seus 24 (vinte e quatro) incisos desenhou diversas hipóteses, taxativas e de interpretação restritiva, os quais autorizam a Administração, calcada em critérios de conveniência e oportunidade (ato discricionário), a contratar diretamente.

Na mesma direção, a inexigibilidade de licitação é instituto marcado pelo fato de inviabilidade de competição (art. 25, da Lei n. 8666 de 1993), de sorte que a realização de certame licitatório resta inviabilizada. Diversamente dos casos de dispensa, o dispositivo em questão (art. 25) possui situações ilustrativas, não exaustivas, o que dão uma margem interpretativa maior ao Administrador.

Assim, as duas primeiras condutas (dispensar e inexigir) são condutas comissivas, consubstanciadas na expedição do ato declaratório de inexigibilidade ou dispensa de licitação, em menosprezo às limitações impostas no art. 17, 24 e 25, todos da Lei 8.666/93.

Convém ressaltar, entretanto, que a punição penal é invocada não apenas quando o agente ignorar as hipóteses previstas para a contratação direta, mas também quando, de modo fraudulento, simular a presença de tais requisitos²⁹. Na mesma linha:

²⁸ FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crimes na lei de licitações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010, p. 86.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Lei 8.666/1993. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1171.

A primeira parte do dispositivo incriminador (dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais) consiste no ato de declarar dispensada ou inexigível a licitação em situação que não corresponde a um dos casos dos arts. 24 e 25, já citados, não só pela alegação de hipótese não prevista, mas também pela inexistência da situação fática que legitimaria a dispensa ou a inexigibilidade. Ou seja, ocorrerá a infração, por exemplo, se o administrador afirma a emergência, mas ela não existe, ou se afirma a notória especialização do contratante e não existe essa qualidade³⁰.

Por outro lado, a terceira conduta descrita no dispositivo é correlacionada ao desrespeito às formalidades inerentes ao procedimento de declaração de dispensa ou inexigibilidade, desenhadas no art. 26, da Lei 8.666, transcrito a seguir:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. [\(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

Em relação ao conteúdo do parágrafo único, do art. 89, da Lei 8.666 de 1993, o qual sanciona, nos mesmos limites do *caput*, aquele que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiando-se da dispensa ou inexigibilidade indevidas de licitação, cabe registrar que se cuida de exceção à teoria monista, adotada pelo art. 29, do CP. A literatura jurídica bem desenha as distinções entre o conteúdo do *caput* e de seu parágrafo único. Ilustrando:

A distinção entre os crimes previstos no *caput* e no parágrafo único é evidente então. O crime do *caput* do art. 89, tem por materialidade a conduta de promover a contratação direta indevidamente. Trata-se de crime cuja configuração pressupõe a qualidade de funcionário público, numa acepção ampla. A conduta criminosa somente pode ser consumada por um sujeito investido na condição de agente estatal e no exercício da competência para deliberar sobre o aperfeiçoamento de contratação administrativa sem licitação. Já o crime do parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/1993 envolve a conduta de um particular, que pode ou não integrar os quadros de uma pessoa administrativa. Mas, se integrar os quadros dessa

³⁰ GREGO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

pessoa, o sujeito não é o titular da competência para deliberar sobre a contratação direta³¹.

Quanto ao elemento subjetivo e à necessidade de concretização de prejuízo econômico ao Erário, por constituírem a matéria meritória da pesquisa, serão itens desenvolvidos com mais vagar em tópico apartado, a seguir.

Por outra via, a **consumação** do delito não é matéria tão pacífica na esfera doutrinária. De um lado, parcela dos autores defende que a consumação do delito sucede no momento em que for declarada a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, ainda que não se opera a contratação em momento posterior. De outro, há forte corrente aludindo à compreensão de que é necessária a formalização do pacto jurídico, sobre pena de malferir o princípio da intervenção mínima, base sob a qual o Direito Penal está fundado.

A título de exemplificação, cabe citar o entendimento perfilhado por Paulo José de Costa Jr, para quem o crime 'perfaz-se no instante em que o agente público contratar obra ou serviço sem promover a necessária licitação³², perspectiva contestada por José Paulo Baltazar Júnior, 'para quem a figura consuma-se com a prática do ato administrativo de dispensa ou inexigibilidade, ainda que não haja contratação'³³.

Com efeito, a segunda corrente parece estar com a razão. Na linha do que ajuizado no subitem precedente, é bastante pacífico em nível jurisprudencial e doutrinário que o resultado selado pela licitação, exteriorizada no fenômeno da adjudicação do objeto, gera para o licitante vencedor apenas uma expectativa de Direito, não representando, portanto, Direito adquirido à contratação.

Em tal ordem de raciocínio, a princípio, se o legislador buscasse a punição dessas práticas ficasse condicionada à contratação posterior, a redação do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, caberia a utilização de uma expressão mais específica, como 'contratar, mediante dispensa ou inexigibilidades indevidas', mas o diploma legal calou a esse respeito, de sorte que não se admite a introdução, em nível interpretativo, de elementos não constantes expressamente no tipo penal. Outra não é a leitura realizada por Diógenes Gasparini, quando discorre que:

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Lei 8.666/1993. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1176.

³² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal das licitações**: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

³³ BALTAZAR, José Paulo Baltazar Júnior. **Crimes Federais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 906.

Consuma-se o crime, no que respeite à dispensa, dispensabilidade ou inexigibilidade de licitação, com a edição do ato administrativo que libera a Administração Pública de realização dessa espécie de certame, independentemente da celebração do contrato. Até porque este pode não ser celebrado, não obstante o crime já se consumara. No que pertinente à inobservância da dispensa ou de inexigibilidade de licitação, sem o atendimento prévio das formalidades nos prazos previstos ou após o vencimento do prazo para a sua prática. No que diz respeito, ao crime do parágrafo único, a infração consuma-se no momento da celebração do contrato, isto é, da assinatura do ajuste quando for exigido um termo de contrato ou ocorrer a aceitação ou retirada do instrumento equivalente (nota de empenho de despesa, ordem de execução de serviço).³⁴

Em nível jurisprudencial³⁵, entendeu-se como configurado o crime nas seguintes hipóteses:

a) De dispensa irregular de procedimento licitatório 'na contratação de empresa de publicidade pelo Governo de Rondônia, a fim de promover campanha de aumento de arrecadação, através da expedição de notas fiscais' (STJ, AP 15, Dipp, CE, 21.05.2003);

b) De diretor-executivo de autarquia federal, possuidor de amplos poderes administrativos que efetua compra de imóveis, dispensando a licitação, sem observar o devido procedimento (TRF4, AC 2001700022836-4, Élcio, 8ª Turma, unânime, 21.03.2007);

c) Do fracionamento irregular do objeto da reforma de imóvel de autarquia, visando evitar a licitação (TRF4, AC 2003710073774-0, Paulo Afonso, 8ª Turma, unânime, 21.03.2007);

d) Do Prefeito que 'foi procurar a empresa de transportes oferecendo a solução para a contratação sem licitação com o objetivo de não deixar de atender a população durante período eleitoral (STJ, REsp. 1073676, Napoleão, 5ª Turma, julgado em 23.02.2010).

De outro lado, entendeu-se por não configurado o delito nas seguintes situações:

a) De contratação de empresa para a execução de concurso público, reconhecida a hipótese de dispensa de licitação (Lei 8.666/93, art. 24, II, c/c art. 23, II, a) (STJ, Inq. 152, CE, maioria, 28.9.95);

³⁴ GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 2 ed. São Paulo: NDJ, 2001, p. 97

³⁵ Precedentes citados na obra de José Paulo Baltazar Júnior, p. 905

b) No convênio firmado pelo Município com fundação pública (LL, art. 24, XII), com fins de mútua colaboração, finalidade de cunho social, sem contraposição de interesses ou preço estipulado (STF, Inq. 1957, Velloso, Plenário, 11.5.05);

c) No caso em que o contrato tem valor inferior ao limite máximo para dispensa de licitação em Sociedade de Economia Mista (STJ, RHC 200301067692/MS, Laurita, 5ª Turma, unânime, 11.4.05).

Em linha de encerramento deste capítulo, urge alinhar, aqui, alguns apontamentos relativos aos concursos de crimes. Para a vasta maioria da doutrina, com a chancela de diversos precedentes de nossas Cortes, é plenamente viável o reconhecimento de concurso material (CP, art. 69) e cadeia delitiva (CP, art. 71) em delitos dessa espécie. Nessa vertente:

Contudo, algumas vezes (que não são poucas) a contratação direta indevida pode vir acompanhada de superfaturamento de preços, de desvios de verba pública, de crimes de corrupção, etc., caso em que, além da sanção civil estabelecida no art. 25, §2º, da Lei 8.666/93, poderemos ter um concurso de crimes do art. 89, desta lei com as outras infrações penais porventura indicadas.

Esse concurso de crimes poderá ser, v.g, com o crime de peculato (art. 312 do CP), com o crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Ou com alguma modalidade delitiva do Decreto-Lei n. 201/67, porém, máxime na situação de superfaturamento de preços, jamais poderá ser com o art. 96, da Lei 8.666/93, pois, neste temos como elementar do tipo a expressão 'licitação instaurada', o que, evidentemente, não se observa no art. 89, da mesma lei, em que não houve licitação³⁶

Por derradeiro, anote-se que, para esses casos, a ação penal é pública incondicionada, cabendo seu manejo pelo Ministério Público, observadas as diretrizes legais de diluição de atribuições.

Alinhavadas essas considerações preliminares, porém imprescindível, avança-se no capítulo a seguir para resgatar o debate jurisprudencial envolvendo a matéria, apontando as considerações teóricas relevantes para a solução do impasse aqui proposto.

³⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crimes na lei de licitações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010, p. 52.

2 (DES)NECESSIDADE DE DANO AO ERÁRIO E ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO ART. 89, DA LEI 8.666 DE 1993 À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

2.1 Breve evolução da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

No último item, desenhou-se rapidamente os contornos teóricos sobre o crime inculcado no art. 89, da Lei 8.666 de 1993. Neste capítulo, será introduzida a problemática quanto à interpretação desse injusto penal em relação a dois aspectos: (1) a necessidade, ou não, de demonstração de prejuízo econômico ao Erário para a sua tipificação objetiva, bem como (2) a imprescindibilidade, ou não, de um elemento subjetivo especial do agente de causar tal resultado, como requisito imprescindível para a tipificação subjetiva do injusto penal.

Volvendo ao resgate doutrinário específico sobre o crime do art. 89, da Lei 8.666 de 1993, vislumbra-se que a maioria dos doutrinadores referendados na matéria são concordes em enxergar a desnecessidade destas duas condicionantes.

Ilustrando, José Paulo Baltazar Júnior, embora reconheça a divergência jurisprudencial enunciada adiante, pondera que a dispensa ou inexigibilidades indevidas de licitação estão consumadas no instante de sua declaração, independentemente de prejuízo para a administração, tratando-se, portanto, de crime formal, ou até mesmo de mera conduta³⁷.

Na mesma direção, Paulo José da Costa Júnior averba que o delito em questão se trata de perigo abstrato, sendo que, para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Nessa hipótese, segundo esse autor, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, §2º.³⁸

³⁷ BALTAZAR, José Paulo Baltazar Júnior. **Crimes Federais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 906

³⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal das licitações**: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20

Na sua clássica lição, Hely Lopes Meirelles³⁹ também assevera que o crime no caput, do art. 89, é formal, consumando-se com a mera dispensa ou inexigibilidade não autorizada em lei. A seu turno, Vicente Greco Filho assenta:

O bem jurídico protegido é, em termos gerais, a moralidade administrativa e, em termos específicos, a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação. Trata-se de crime de perigo abstrato, ou seja, não se indaga o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha a causar prejuízo. O contrato pode ser necessário e adequado. A incriminação está na dispensa ou inexigibilidade de licitação, independentemente do prejuízo. O prejuízo concreto à administração, que consistiria no superfaturamento do serviço, pode ensejar a responsabilidade adicional, prevista no art. 25, §2º⁴⁰

Na doutrina especializada na matéria, foi localizada apenas a opinião de Marçal Justen Filho para respaldar a necessidade de demonstração de prejuízo financeiro à Administração, para a tipificação objetiva da norma proibitiva aqui examinada. Em seus dizeres:

Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração⁴¹

Nessa perspectiva, conclui-se que há predominância, em nível doutrinário, a respeito da desnecessidade de comprovação de prejuízo em virtude da dispensa ou inexigibilidade de certame licitatório, operado à revelia da legislação federal que rege a matéria.

Por outro lado, sabe-se que, salvo disposição legal em sentido inverso, aplicam-se às normas penais extravagantes as disposições da parte geral do estatuto repressivo (CP, art. 12). Em linha de consequência, como o dispositivo do art. 89, da Lei 8.666 de 1993, não preconiza punição a título de culpa, somente é possível a punição em sua modalidade dolosa (CP, art. 18, parágrafo único).

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed. Atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carlo Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, p. 237

⁴⁰ GREGO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60 a 61.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Lei 8.666/1993. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1176.

Portanto, à luz da teoria finalista desenvolvida por Welzel (não superada, ainda que se adote os modelos funcionalistas de Claus Roxin ou de Hans-Heinrich Jescheck), toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, vale dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo, conforme abordado com propriedade por Rogério Greco.⁴²

Também nessa linha de raciocínio, Guilherme de Souza Nucci leciona que o elemento subjetivo doloso dos tipos penais corresponde a uma conjugação entre um **elemento cognitivo**, consubstanciado na compreensão do agente a respeito da situação fática em que se encontra, aliado a um dado de índole **volitiva**, retratado na vontade do autor de perpetrar uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico.

Na mesma linha, pondera que são características da tipicidade dolosa:

Características do dolo. São as seguintes: a) abrangência: o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo; b) atualidade: o dolo deve estar presente no momento da ação, não existindo dolo antecedente nem dolo subsequente; c) possibilidade de influenciar o resultado⁴³

Em breves palavras, o elemento subjetivo doloso é concretizado pela compreensão da situação fática, agregada a vontade do agente em praticar a conduta proibida pelo arcabouço normativo. Daí exsurge a razão da literatura jurídica propalar uma necessidade em uma congruência entre tipo subjetivo e tipo objetivo: o dolo é a compreensão e a vontade de perpetrar a hipótese fática prevista em um tipo penal objetivo.

Assim, para manter compatibilidade teórica para advogar a premência de demonstração de dano ao erário para tipificação objetiva do art. 89, da Lei 8.666 de 1993, é mister que também se defenda a necessidade do especial fim de agir, retratada nessa intenção.

Em sentido contrário, ao se acolher a posição que propõe a desnecessidade desse requisito para autorizar a reprimenda penal, o elemento subjetivo especial se torna desnecessário. É nesse compasso que está posicionada a doutrina:

⁴² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume I. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 183.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral e Parte Especial, 6. ed, rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22

Para a caracterização do crime exige-se apenas o dolo genérico, que consiste na vontade conscientemente dirigida à dispensa e não exigência de licitação, ou à inobservância das formalidades exigidas para a sua realização. É genérico posto não reclamar a norma que o sujeito ativo tenha um objetivo específico para o seu patrocínio, como obter vantagem pecuniária ou funcional, que a licitação se conclua ou que esta ou aquela empresa seja vencedora no certame. Não é necessário dizer que não haverá crime sem dolo, isto é, sem a vontade livre e consciente de praticar a ação contrária à lei penal, não desaparecendo pelo fim ou objetivo do agente.⁴⁴

Sem a mínima pretensão de esgotar o tema, estas eram as considerações doutrinárias que se mostraram convenientes trazer até este momento.

Avançando, porém, é de se ver que, apesar de certa inquietação doutrinária a respeito da tipicidade objetiva (desnecessidade de dano ao Erário) e subjetiva (desnecessidade de especial fim de agir de causar prejuízo), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reproduzida em grande medida pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça de todo o País, é deveras controvertida a respeito do tema.

De saída, é necessário tecer rápidas considerações a respeito do funcionamento da Corte Especial para a boa compreensão da divergência.

Com efeito, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (doravante apenas 'RISTJ'), publicado no DJ. 07.07.1989, republicado no DJ 17.08.1989, delinea, em seu art. 11, que cabe à sua Corte Especial, processar e julgar, em crimes comuns, diversas autoridades com prerrogativa de função, em atenção às disposições constitucionais vertidas no art. 103, I, a, da Magna Carta de 1988. Transcrevem-se os dispositivos:

Constituição Federal de 1988

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 11. Compete à Corte Especial processar e julgar:

I - nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT. 2001. p. 2559

Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

De outro norte, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, composto pelas 5ª e 6ª Turmas, a teor do que preleciona o art. 1º, §4º, do RISTJ, possuem a competência penal residual naquela casa, conforme se infere do art. 9º, §3º, transcrito a seguir:

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.
§ 3º À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os habeas corpus de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção.

A par dessas disposições regimentais, pode-se afirmar que a Terceira Seção (fruto da conjugação da 5ª e 6ª Turmas) do Superior Tribunal de Justiça é a responsável por ditar a jurisprudência, em nível revisional, naquela casa, apreciando recursos especiais e remédios constitucionais que versem sobre matéria criminal. A seu turno, a competência de sua composição especial limita-se ao julgamento de demandas penais originárias, restritas aos réus que têm prerrogativa de foro detalhadas na própria Carta Constitucional.

E, com efeito, a grande divergência interpretativa a respeito do delito inserido no art. 89, da Lei 8.666/1993 ocorre em embates entre os órgãos fracionários, conforme será historiado nas linhas a seguir.

Um marco na jurisprudência sobre o tema foi a divergência travada nos autos da ação penal pública n. 480/MG, promovida pelo Ministério Público Federal perante a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, e dirigida em desfavor de uma conselheira do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por fatos supostamente perpetrados enquanto ainda era chefe do Executivo do Município de Três Pontas.

Segundo a denúncia ofertada pelo órgão ministerial, a acusada teria fracionado despesas para a realização dos eventos relacionados ao carnaval, naquela cidade, o que, em linha de desdobramento, teria simulado o enquadramento da hipótese como dispensa de licitação em virtude do baixo valor do objeto (Lei 8.666, art. 24, II).

No julgamento do mérito da ação penal (julgado em 29 de março de 2012), a Excelentíssima Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, invocando diversos

precedentes daquela Corte (no sentido da dispensabilidade de prova efetiva do prejuízo) e ancorando-se em diversas lições doutrinárias (algumas delas transcritas acima), entendeu que o injusto penal aqui examinado tratava-se de crime formal (dispensando-se, pois, a ocorrência de qualquer resultado naturalístico para a sua consumação), razão pela qual julgou procedente a pretensão punitiva estatal aviada na denúncia, para o efeito de condenar a ré pelas imputações desenvolvidas pelo órgão ministerial. Em seus dizeres:

À toda evidência, na condição de gestora das finanças municipais, ao deixar de observar, conscientemente, os parâmetros da segunda parte do inciso II do art. 24 da Lei 8.666/90, a prefeita descumpriu um dever legal, o qual resultou no rompimento dos princípios do certame licitatório já referidos, que são, sem embargo, o bem tutelado pela norma penal. Neste caso entendo que o resultado não é naturalístico; e não poderia sê-lo, pois, no crime em questão, se há resultado, este há de ser sempre jurídico, já que envolve a violação de valores e princípios da condução da res publicae

No entanto, essa não foi a orientação predominante naquele julgamento.

Abrindo a divergência, o Excelentíssimo Ministro Cesar Asfor Rocha, ao iniciar a sua interpretação a respeito do injusto penal descrito no art. 89, da Lei 8.666 de 1993, primeiramente ressaltou não desconhecer precedentes daquela mesma casa em sentido diverso ao que estava a expor.⁴⁵ Eis os fundamentos declinados pelo julgador para se distanciar da jurisprudência sedimentada na esfera daquela Casa:

Ouso divergir da orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, por entender que as infundáveis e naturais dúvidas que gravitam em torno da legalidade dos atos praticados em todos os momentos pelas administrações em geral, ensejando erros e acertos por parte dos agentes públicos, inclusive pelos mais habilitados juridicamente, impõem uma interpretação mais cuidadosa e restrita das normas punitivas, sobretudo as do âmbito criminal. Ademais o engessamento da atividade administrativa mediante ameaças de condenações criminais é tão pernicioso quanto a sua liberação total, descontrolada, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio na interpretação das normas jurídicas destinadas a punir os agentes públicos, os quais têm a obrigação de impedir uma desastrosa estagnação da atividade estatal.

⁴⁵ Ilustrando, o ministro cita precedentes da 5ª e 6ª Turmas, em sentido contrário à posição que estava a firmar: HC 94.720/PE, Quinta Turma, Ministro Felix Fischer, DJe de 18.8.2008; HC 113.067/PE, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, DJe de 10.11.2008; REsp 1.073.676/MG, Quinta Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 12.4.2010; HC 122.011/PR, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJe de 28.6.2010; HC 171.152/SP, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, DJe de 11.10.2010; REsp 1.185.750/MG, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, DJe de 22.11.2010; HC 109.039/BA, Sexta Turma, Ministro Jorge Mussi, DJe de 30.6.2011.

Acompanhando a divergência aberta pelo ministro César Asfor Rocha, posicionaram-se os ministros João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Laurita Vaz, Castro Meira, Felix Fischer e Teori Abino Zavaschi (embora este com fundamentos distintos dos demais). Diante da esmagadora maioria (7 votos pela absolvição, contra 1 pela condenação), o acórdão restou assim ementado:

AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. – **Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo.** Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente.

Houve, diante desse marco, uma verdadeira reviravolta na jurisprudência daquela Corte (que, conforme registrado no voto do ministro a César Asfor Rocha, sempre se inclinou em sentido inverso). Isso pode ser lido em diversos precedentes provenientes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Apenas a título ilustrativo, cite-se as decisões prolatadas nas ações penais originárias tombadas sob os números: 262, 323 e 375.

No entanto, esse posicionamento ainda é alvo de contestações pelas decisões prolatadas pela 5ª e 6ª Turmas (componentes da Terceira Seção daquela casa, conforme adiantado).

Seguem-se as ementas das deliberações tomadas no REsp 1073676/MG, (Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 23.02.2010, 10 DJE 12.04.2010) e no HC 113067/PE (Rel. Ministro OG Fernandes, 6ª Turma, julgado em 21.10.2008, DJE 10.11.2008), e que conferem uma boa dimensão da dissonância de entendimento entre a Terceira Seção e a Corte Especial do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 89, CAPUT DA LEI

8.663/93).EX-PREFEITO MUNICIPAL. DOLO COMPROVADO. DESNECESSIDADE DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DA 3ª. SEÇÃO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO PELA DIVERGÊNCIA, MAS DESPROVIDO. 1. (...) O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei. 3. Já decidiu a 3ª. Seção desta Corte que o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente a consciência dessa circunstância; isto é não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao erário, por exemplo) (HC94.720/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18.08.2008 e 113.067/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, Dje 10.11.2008). 4. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido. (STJ - REsp: 1073676 MG 2008/0153167-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 12/04/2010)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. EMPRESA PROMOTORA DE EVENTOS. ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. É entendimento pacífico desta Corte que o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. 2. Havendo indícios de que cabia ao agente público realizar licitação para a contratação de empresa promotora de eventos, afigura-se prematuro o trancamento da ação penal, ante a impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos na estreita via do habeas corpus. 3. O tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito de mera conduta, não exige dolo específico, mas apenas o genérico, representado, portanto, pela vontade de contratar sem licitação, quando a lei expressamente prevê a realização do certame. Independe, assim, de qualquer resultado naturalístico, como por exemplo, prejuízo ao erário. 4. Ordem denegada (STJ - HC: 113067 PE 2008/0174888-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 21/10/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 10/11/2008)

De outro lado, cabe lembrar que é sedimentado em nível doutrinário e jurisprudencial que as instâncias penais, cíveis e administrativas são independentes entre si (embora sejam previstas legalmente algumas exceções, desinteressa, aqui, discuti-las). A par disso, é regular que, em virtude dos mesmos fatos, sejam promovidas pelo órgão ministerial ações penais e ações civis públicas de improbidade administrativa, nos lindes da Lei 8.429/92.

Na dicção do diploma legal em referência, são reputados atos de improbidade administrativa na modalidade de lesão ao Erário *o fato de frustrar procedimento licitatório ou dispensá-lo indevidamente* (L 8.429/92, art. 10, VII).

Realizando a exegese do dispositivo, os órgãos fracionados, com competência em Direito Administrativo, do Superior Tribunal de Justiça têm se inclinado em dispensar a demonstração de prejuízo econômico ao erário para a tipificação do ato de improbidade administrativa, à semelhança do entendimento perfilado pela 5ª e 6ª Turmas, daquele órgão, em relação a matéria criminal. Veja-se, a propósito, a redação da ementa lançada em julgado proveniente da 2ª Turma, datado de 2014:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DANO IN RE IPSA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO NA QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA. POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI N. 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ. 1. (...) O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, "o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)" (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012). 8. Quanto à alegação de inexistência de ato de improbidade por parte da recorrente, que argui ter prestado o serviço de boa fé, o recurso não merece prosperar, à luz dos entendimentos das Súmulas n. 7 e n. 211 do STJ. 9. A ausência de menção do Tribunal de origem, quanto à intenção da sociedade empresária recorrente ou sua participação na conduta ilícita, não tem o condão de induzir à conclusão de que não pode ser apenada pela Lei de Improbidade, a qual, aliás, é clara ao estabelecer que "as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta" (art. 3º); e que, "ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano" (art. 5º). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ - REsp: 1376524 RJ 2012/0110410-8, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 02/09/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/09/2014)

Sob esse prisma, é lamentável identificar tamanha distorção em nosso modelo punitivo. De um lado, tem-se que os réus ocupantes de cargos que autorizem o acesso ao foro privilegiado têm sua punição, em casos de dispensa ou inexigibilidade indevidas de licitações, condicionadas à existência de prova pré-constituída de superfaturamento ou desvio de recursos (o que, naturalmente, é sobremaneira dificultoso de se dimensionar em um juízo deliberatório, próprio da fase

da análise preliminar da denúncia), sob pena de se elidir até mesmo a viabilidade do recebimento da peça acusatória.

De outro, o sistema é falho diante de gestores de pequenos recursos públicos, porque a jurisprudência de revisão daquela casa recusa equivalente solução apta a impedir a punibilidade, tornando-se, por conseguinte, implacável com os administradores de menor destaque político.

Na mesma ordem de ideias, a insegurança jurídica proveniente da interpretação insegura do Superior Tribunal de Justiça tem se exteriorizado em instabilidade no entendimento das Cortes Revisoras.

Apenas para ilustrar, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se filiou, em uma assentada, ao entendimento adotado pela Corte Especial do STJ, absolvendo diversos réus, dados como incurso no art. 89, da Lei 8.666/93, sob fundamento de inexistência de prova do dano ao Erário. Nesse sentido, acórdão relatado pela eminente desembargadora Salise Monteiro Sanchonete (7ª Turma):

EMENTA: PENAL. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO. EFETIVO PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE. RESPONSABILIDADE CRIMINAL. NÃO DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. De acordo com recentes julgados do Tribunal Pleno do STF e da Corte Especial do STJ, é imprescindível, para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações, a presença de dolo específico de causar dano ao erário, assim como a comprovação de efetivo prejuízo à Administração Pública. 2. O conjunto probatório não demonstra a presença de nenhum dos citados elementos, impondo-se, portanto, a manutenção da sentença absolutória, com fundamento no art. 386, inc. III, do CPP. (TRF4, ACR 5000199-39.2011.404.7101, Sétima Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 27/06/2014)⁴⁶

Em que pese o entendimento externado pela 7ª Turma, no julgamento da apelação criminal n. 5000199-39.2011.404.7101, o tema voltou ao exame daquele órgão jurisdicional, nos autos da apelação criminal n. 5000477-98.2011.404.7211. Examinando o teor daquele julgado, observa-se que, em voto vista (condutor do acórdão), o Desembargador Ricardo Rachid de Oliveira manifestou resistência ao entendimento adotado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Observe-se a ementa:

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão que deliberou a respeito da natureza do delito inserido no art. 89, da Lei 8.666 de 1993**. Disponível em <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41403889891049611110000000053&evento=41403889891049611110000000016&key=b098685b3df943d4732dbae8c5fb7ddd6539b838b2d27c773b75fb6b8d9cea76>. Acesso em: 24 nov. 2015.

EMENTA:ART. 1º, III, DL 201/67. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. ART. 89 DA LEI 8.666/93. NATUREZA JURÍDICA DO DELITO. CONTROVÉRSIA. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. DOLO ESPECÍFICO DE LESÃO AO ERÁRIO. IMPRESCINDIBILIDADE. CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO E DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. REPRIMENDAS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS E PERSONALIDADE NEGATIVAS. CULPABILIDADE NEUTRA. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. PROPORCIONALIDADE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (...) 2. O crime do art. 89 da Lei de Licitações é formal, não se exigindo o efetivo prejuízo ao erário para a sua configuração, porque o tipo penal em tela não visa a tutelar apenas o patrimônio público, mas também os princípios norteadores da Administração Pública e, ainda, busca oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o Poder Público. 3. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o disposto no art. 90 da Lei 8.666/90, pelas mesmas razões invocáveis em relação ao ao delito do art. 89, por mais de uma vez, afirmou tratar-se aquele crime de delito formal, que não demanda, portanto, ocorrência de prejuízo concreto ao erário (...) (TRF4, ACR 5000477-98.2011.404.7211, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 07/01/2015)

A par dessas considerações, é de se ver que o Superior Tribunal de Justiça ainda não possui jurisprudência sedimentada a respeito da matéria, o que vem se traduzindo em insegurança jurídica nos demais Tribunais do País. Frente esse contexto, desenvolver-se-á, nas linhas que se seguem, uma análise do art. 89, da Lei 8.666 de 1993, à luz da teoria do bem jurídico, buscando uma solução constitucionalmente adequada para a interpretação do injusto penal em tela.

2.2 Análise do crime de dispensa indevida ou inexigibilidade de licitação, previsto no artigo 89 da Lei 8.666 de 1993 à luz da teoria do bem jurídico

Nas linhas antecedentes, viu-se que não há consenso jurisprudencial a respeito dos elementos da tipicidade objetiva e subjetiva do injusto penal descrito no art. 89, da Lei 8.666 de 1993. É de se observar, no entanto, que os fundamentos agregados para o debate a respeito do tema.

Inúmeros acórdãos de Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, bem como decisões monocráticas lançadas por Juízos singulares, têm simplesmente se reportado a precedentes da Corte Especial para respaldar decretos absolutórios e rejeições de denúncias veiculadas pelo Ministério Público, sob fundamento de não

vislumbrar (por vezes, até mesmo as peças iniciais deixam de fazer alusão a tais requisitos, por discordar da solução jurídica adotada) o dano ao Erário, tampouco o denominado especial fim de agir de causar esse resultado.

Pode-se dizer, portanto, ainda que soe com ares indesejáveis de pretensão, que as discussões travadas nos órgãos do Poder Judiciário a respeito desse tema são marcadas por pobreza de suporte teórico, nas quais se divisa uma ausência de reflexão de maior dimensão a respeito do impacto desses posicionamentos na proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal aqui grifada.

Mas, afinal, qual seria uma saída viável, juridicamente adequada, e teoricamente embasada, para solver o impasse aqui proposto? Ao perfilhar uma ou outra corrente, sem uma reflexão crítica aprofundada sobre o tema, não estaria se pondo em risco valores tutelados constitucionalmente?

Pelo que se constata da leitura dos votos exarados nos julgamentos inventariados no tópico precedente, parece haver certo dissenso a respeito da própria função da norma penal desenhada no art. 89, da Lei 8.666 de 1993. Afinal, o que ela visaria proteger e reprimir? Desdobrando esse questionamento, interessa para os fins do presente trabalho monográfico, questionar: qual é a própria função do Direito Penal em nosso Estado Democrático de Direito?

Para a vasta maioria da doutrina, é predominante o entendimento de que a função do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos fundamentais.⁴⁷ Ilustrando, Luiz Regis Prado sinaliza que o ‘pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bem jurídico – essenciais ao indivíduo e à comunidade⁴⁸.

Seguindo o mesmo raciocínio, Nilo Batista leciona que ‘a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena⁴⁹. A conceituação desse instituto, entretantes, também não é pacífica.

Em uma perspectiva histórica, digno de nota os registros desenvolvidos por Cezar Roberto Bittencourt⁵⁰. O autor relembra que o conceito de bem jurídico surge

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed., São Paulo, Saraiva: 1995, p. 3 e 6; MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. III, Campinas, Millenium: 1999, p. 143; GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, T. II 4 ed. São Paulo, Max Limonad, 1976, p. 406; JESUS, Damásio. **Direito Penal**. Parte Geral, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 456 a 457

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47

⁴⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 48.

na histórica dogmática em princípios do século XIX, frente concepções iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos.

Entretanto, alguns autores exprimiram necessidade de demonstrar que, em todo o preceito penal, existia um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Bittencourt, reportando-se às considerações traçadas por Jescheck, que essa foi à ideia desenvolvida por Feurbach a exemplo⁵¹.

Por outro lado, o mesmo autor ainda ilustra que houve uma deturpação do instituto, ao ser proposta a ideia de bem jurídico como estado valorado pelo legislador, posição advogada por Binding⁵². Von Liszt, nessa linha, deslocou o centro de atenção da concepção de bem jurídico do terreno do Direito subjetivo (público ou particular), para o âmbito do denominado 'interesse juridicamente protegido', com uma pequena distinção: enquanto Binding teria enxergado uma figura secundária na teoria do delito, Von Liszt teria vislumbrado a verdadeira pedra de toque da estrutura criminosa. Daí a razão de se afirmar que existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico⁵³.

Nesse raciocínio, pode-se entender que a ideia de bem jurídico, como fundamento de proteção do Direito Penal, oferece um critério material, seguro e criterioso na construção dos tipos penais. Em relação ao conceito de bem jurídico, na acepção moderna, Claus Roxin veicula a seguinte lição:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁵⁴

Portanto, pode-se notar que o bem jurídico são garantias ou circunstâncias imprescindíveis para a manutenção do convívio social, garantindo a todos os direitos humanos e civis indispensáveis, ou para o próprio funcionamento da máquina estatal. Também merecem vênias as seguintes ponderações:

⁵⁰ BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral I. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁵¹ BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral I. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁵² *Ibidem*, p. 37

⁵³ *Ibidem*, p. 37

⁵⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18 a 19.

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.⁵⁵

Em tal linha de intelecção, se, de um lado, bens jurídicos são aqueles valores reputados relevantes pelo ordenamento jurídico, como basilares para o convívio em sociedade, de outro, não se pode olvidar, devem ser buscados, primordialmente, na base sobre a qual todas as regras normativas são construídas, qual seja, a Constituição Federal. Nessa temática, a literatura leciona:

Entende a doutrina, quer a nacional, quer a estrangeira, que o critério de dignidade penal é conferido pela Constituição. É esta que vai fixar os bens jurídicos fundamentais e determinar, explícita ou implicitamente, sejam eles tutelados pelo Direito Penal. Assim, os valores constitucionais fundamentais vão merecer esta forma extrema de proteção⁵⁶.

Equivale dizer, se os bens e valores tutelados pelas normas penais devem ser aqueles imprescindíveis para o convívio em sociedade, naturalmente, sua busca deve ser orientada, primeiramente, pelo Texto Constitucional. Não se está a debater, aqui, se a Magna Carta seria a única fonte em que o Direito Penal deveria buscar seus objetos de proteção (há severo embate doutrinário nesse ponto).

O que se está a dizer é que, na medida em que a CF lista as principais garantias e direitos fundamentais, além de reger toda a principiologia da atividade estatal, é seguro afirmar que o Direito Penal não pode se omitir nas proteções dos bens tipos como relevantes por aquele texto, sob pena de se cancelar uma inconstitucionalidade por desproteção.

Avançando, sedimentado, ainda que brevemente, algumas considerações a respeito do bem jurídico e sua faceta como papel de atuação de todo o Direito Penal, cabe elencar algumas funções deste instituto para que, por fim, possa-se descortinar qual seria a interpretação do art. 89, da Lei 8.666 de 1993, mais adequada, sob uma perspectiva constitucional.

⁵⁵ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1, p. 232.

⁵⁶ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Seguramente, um dos papéis da teoria do bem jurídico, conforme já declinado acima, é de ser erigido como função do Direito Penal a sua proteção. Logo, é perfeitamente adequado que, subseqüentemente à compreensão de que cabe ao legislador erigir os valores que serão protegidos pelo injusto penal, a sua interpretação gravite nesse mesmo sentido.

Melhor explicando, a proteção do bem jurídico como função primordial do Direito Penal não se limita simplesmente à fase legislativa, enquanto estão sendo eleitos os valores que serão protegidos por esse ramo do Direito (que, como é cediço, deve ser utilizado em casos extremos, vale dizer, *ultima ratio*).

Essa linha exegética deve irradiar, também, sobre o momento de sua aplicação pelo Poder Judiciário, durante a sua concretização em cada hipótese trazida a seu conhecimento. Portanto, também atuam nessa diretriz.

Alinhadas essas ponderações, é de se ver, conforme se extrai das análises desenvolvidas no primeiro capítulo deste trabalho monográfico, a licitação é um instituto que sempre foi concebido como uma forma de garantir a chancela dos princípios ínsitos à atividade estatal, como, à guisa de ilustração, a moralidade, a eficiência, a isonomia e a supremacia do interesse público.

Por essa razão que a vasta maioria da doutrina que se dedica ao estudo dos crimes licitatórios compreende que a objetividade jurídica do injusto penal descrito no art. 89, da Lei de Licitações e Contratos é, justamente, a proteção desses princípios reitores de toda a atividade estatal.

Não se pode relegar e amesquinhar, como querem alguns, o injusto penal em tela simplesmente para o campo financeiro do erário. Não se dúvida que a tutela econômica dos cofres públicos seja necessária. Contudo, estreitar a interpretação do tipo penal aqui focado apenas para esse campo, a rigor, é o equivalente a relegar para segundo plano e subtrair importância para todos os princípios administrativos, que, a duras penas, foram inseridos em nossa Constituição Federal.

Parece que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, neste ponto, está, calcada em argumentos meta jurídicos⁵⁷ (conforme se pode colher em alguns votos colacionados alhures), limita sobremaneira a aplicabilidade do dispositivo, e, atuando como legislador positivo (na medida em que nenhuma das condicionantes invocadas pelo STJ estão descritos expressamente no dispositivo penal) impõe ônus

⁵⁷ Ilustrando, fundamentou-se, conforme passagem anteriormente transcrita, que o art. 89, da Lei de Licitações poderia causar medo aos administradores e engessar o andamento da máquina estatal.

probatórios para o Ministério Público que dificultam sobremaneira a reprimenda dos crimes aqui estudados.

Nesses parâmetros, tendo em mira a função primordial de bem jurídico como fundamento de todo o Direito Penal, e, calcada nos valores tutelados pelo instituto da licitação (moralidade, probidade, isonomia e consecução do interesse público), não se pode admitir que a exegese mais adequada do art. 89, da Lei 8.666 de 1993 se restrinja à proteção econômica dos cofres públicos.

Por tudo que se disse, deve ser essa norma penal lida em conformidade com os valores protegidos por nossa Constituição. Não há, portanto, como se compreender que a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação se trata de um crime material (cuja tipicidade está atrelada à configuração de um resultado naturalístico), tampouco que reclame a existência de um elemento subjetivo especial de causar esse resultado.

Arrematando, deve ser compreendido, conforme a vasta maioria da doutrina inventariada propõe, o injusto, como delito formal e de dolo simples, sem a necessidade de qualquer dado agregado à sua tipicidade.

CONCLUSÃO

No primeiro subitem da pesquisa, buscou-se delinear os aspectos mais relevantes a respeito do instituto da licitação, seus princípios e objetivos, seu assento constitucional, bem como balizar os institutos da dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, além dos requisitos legais reclamados para esse mister.

Pode-se perceber, já naquele momento, que o Direito das Licitações, mais que mera burocracia da máquina estatal, possui papel destacado na defesa dos princípios elementares em um Estado Democrático de Direito, como a reverência à isonomia, à impessoalidade da Administração e a consecução do interesse público.

Nessa ordem de ideias, como a dispensa e inexigibilidade são institutos que, ainda que chanceladas pelo ordenamento jurídico constitucional, permitem transpor a obrigatoriedade de licitação para a contratação da Administração, devem receber um certo temperamento, sob pena de fragilizar os próprios princípios desenhados no art. 37, da Magna Carta.

A par disso, tencionou-se delinear os principais marcos teóricos que permeiam o injusto penal que preconiza sanções para o abuso da dispensa e inexigibilidade de licitação, realizadas em desacordo com os permissivos legais (Lei 8.666, art. 17, 24, 25 e 26). Nessa ordem de ideias, pincelou-se os principais marcos teóricos relativos à sua tipicidade e antijuridicidade, referenciando doutrinadores especialistas na matéria.

Em sequência, avançou-se para uma linha histórica a respeito da evolução jurisprudencial da interpretação do tipo penal inscrito no art. 89, da Lei 8.666 de 1993, especialmente no que toca à necessidade de demonstração de prejuízo financeiro aos cofres públicos (tipicidade objetiva) e, portanto, crime material, em contraponto às lições doutrinárias que advogam a característica formal do injusto penal, bem como a premência de evidenciar o elemento subjetivo especial de agir, consubstanciado em causar o resultado danoso (tipicidade subjetiva), requisito este também contestado pela literatura jurídica, como se pode perceber.

Historiou-se, ainda, as divergências entre a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (com competência para julgamentos ações penais originárias

naquela casa) e as decisões externadas pela 5ª e 6ª Turmas (as quais compõem a Terceira Seção do STJ), apresentando graves divergências a respeito da solução jurídica adotada em cada caso.

Na mesma ordem de ideais, foi citada a jurisprudência do mesmo Superior Tribunal de Justiça a respeito da necessidade de demonstração de dano ao Erário em casos de improbidade administrativa derivados de dispensa de licitação. Citando aresto bastante recente, pode-se notar, sob certa perspectiva, que a jurisprudência administrativista do mesmo Tribunal está inclinada em divergir das conclusões lançadas pela Corte Especial do mesmo órgão jurisdicional, em matéria penal.

Nessa linha, vislumbrou-se que a insegurança no tratamento da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça tem repercutido, a reboque, em decisões colidentes e conflitantes nas Cortes Revisoras e nos Juízos singulares, como alguns arestos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sobremaneira recentes, ilustram.

Frente tamanha insegurança jurídica, a pesquisa avançou para alcançar uma solução constitucionalmente adequada, à luz da denominada teoria do bem jurídico, balizadora de toda a interpretação do Direito Penal contemporâneo.

Neste último lance da pesquisa, também foi feito um resgate histórico a respeito das origens doutrinárias da denominada teoria do bem jurídico, apontando, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, as principais divergências jurídicas a respeito dessa questão.

Oportunamente, após sedimentar o conceito de bem jurídico, em uma perspectiva doutrinária atual, discorreu-se sobre suas principais funções dentro da exegese das leis penais.

Nesse tom, foram alinhadas considerações a respeito da função exegética do bem jurídico, vale dizer, que as normas penais devem ter sua interpretação norteadas para buscar proteger os bens jurídicos os quais tutelam, sobretudo aqueles que possuem assento constitucional.

Dito em outras palavras, a delimitação do alcance da tipicidade objetiva e subjetiva de cada injusto penal, necessariamente, deve ser realizada sob uma filtragem a partir da função de seu bem jurídico, buscando avaliar o que a norma incriminadora busca proteger.

Concretamente, conforme pontuado já nas linhas introdutórias da presente pesquisa, o tipo do art. 89, da L 8666/93, carece de uma interpretação sob esse

enfoque pelos Tribunais Superiores, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa linha, buscando solucionar o impasse proposto e, reportando-se às diretrizes traçadas no segundo subitem, do primeiro capítulo da pesquisa, viu-se que o injusto penal desenhado no art. 89, da Lei 8.666 de 1993, tem como objetivo primordial a defesa dos princípios constitucionais insculpidos no caput, do art. 37, da Constituição Federal de 1998.

Nessa senda, divergiu-se das conclusões adotadas pela Corte Especial de Justiça, no sentido de que o art. 89, da Lei 8.666, teria como função primordial a tutela financeira do erário. Esse pode ser, naturalmente, um efeito secundário da proibição, mas jamais pode ser lido como um marco absoluto para a interpretação do dispositivo.

Assim, a presente pesquisa concluiu pela natureza formal do delito, dispensando-se, em via de consequência, a prova material de qualquer prejuízo econômico ao erário, bem como a desnecessidade de evidenciar um especial fim de agir para causar esse resultado. Afinal, deve haver congruência entre a tipicidade subjetiva e objetiva, conforme abordado no decorrer do trabalho monográfico telado.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO JR., João Marcello de. Espaço Jurídico-criminal dos Tribunais de Contas. Brevíssimas Notas sobre o crime do art. 89, da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996.
- BALTAZAR, José Paulo Baltazar Júnior. **Crimes Federais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.
- BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral I. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal das licitações**: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direito dos licitantes**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. **Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT. 2001.
- FREIRE, Elias. **Direito administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crimes na lei de licitações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, T. II 4 ed. São Paulo, Max Limonad, 1976
- GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 2 ed. São Paulo: NDJ, 2001.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume I. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GREGO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. Parte Geral, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ED. São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Lei 8.666/1993. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2014.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. III, Campinas, Millenium: 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. Ed. São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. Ed. São Paulo:

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª ed. Atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carlo Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral e Parte Especial, 6. ed, rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed., São Paulo, Saraiva: 1995.