



**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal**

**Giovani Trindade Castanheira Menicucci**

**O Elemento Subjetivo do Crime de Dispensa Indevida de Licitação (Art. 89 da Lei 8.666/93)**

**Brasília, agosto de 2014**

**Giovani Trindade Castanheira Menicucci**

**O Elemento Subjetivo do Crime de Dispensa Indevida de Licitação (Art. 89 da Lei 8.666/93)**

Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público.

**Brasília, agosto de 2014**

**Giovani Trindade Castanheira Menicucci**

O Elemento Subjetivo do Crime de Dispensa Indevida de Licitação (Art. 89 da Lei 8.666/93)

Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Brasília, agosto de 2014

Aprovado pelos membros da banca examinadora em  
\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_)

Banca Examinadora

\_\_\_\_\_  
Professor(a)

\_\_\_\_\_  
Professor(a)

\_\_\_\_\_  
Professor(a)

## RESUMO

Este trabalho tem a pretensão de estudar a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o elemento subjetivo na constituição do crime previsto no artigo 89 caput, da Lei nº. 8.666/1993. Em outras palavras, busca saber se para a configuração do mencionado delito seria necessário exigir-se do agente um objetivo específico, ou seja, um especial fim de agir. São analisados os principais aspectos teóricos relacionados ao tema. Faz-se a dicotomia entre dolo genérico e dolo específico, segregando as correntes de pensamento ligadas ao tema, mencionando os principais pensadores e julgados que enfrentaram a questão. Em seguida, será apresentado um quadro ilustrativo da evolução jurisprudencial do tema no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o conflito existente entre a Corte Especial e as duas Turmas especializadas em matéria penal do STJ, que ao cabo rendeu-se a orientação jurisprudencial da Suprema Corte. Isso é feito com o objetivo de ilustrar os conflitos teóricos e as falhas legislativas que resultaram em uma disputa jurisprudencial no seio do STJ, que é a Corte responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal. Daí se percebe o quanto ainda temos que evoluir no sentido de buscar uma consolidação do entendimento jurisprudencial sobre o tema e a insegurança jurídica que isso impõe aos milhares de gestores públicos espalhados nos quatro cantos desse enorme país chamado Brasil. Ao final, será analisada a jurisprudência mais recente sobre o tema, segundo a qual o dolo manifesta-se como a vontade livre e consciente de praticar um ilícito, não bastando a vontade livre e consciente de se dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses legalmente previstas, fazendo-se necessária a busca do dolo específico para a configuração do ilícito penal.

**Palavras-chave:** Crime licitatório. Dispensa. Inexigibilidade. Dolo específico. Dolo genérico. Elemento Subjetivo. Crime de mera conduta. Crime formal. Crime de resultado. Consumação. Objeto. Segurança jurídica. Patrimônio público.

## ABSTRACT

This paper focuses on investigating the evolution of the Superior Court of Justice's on jurisprudential of the subjective element when evaluating the constitution of crime under Article 89 caput, of Law no. 8666/1993. In other words, the focus of the investigation is to clarify whether in the configuration of the offense it would be necessary for the agent to uphold a specific intention, if there is need of a purpose for the action to take place. The analyses of the main theoretical aspects involved in the subject are considered. The dichotomy between general intent and specific intent is established, segregating schools of thought related to the topic, mentioning the leading authors and judged cases on the topic in question. A table illustrating the evolution of jurisprudential issue in the Supreme Court and the Superior Court is presented, highlighting the conflict between the Special Court and the two classes specialized in criminal matters in the Supreme Court, which based the orientation presented by the Supreme Court when in judicial dispute. To illustrate the theoretical conflicts and legislative gaps that resulted in a judicial dispute within the Supreme Court, which is the Court responsible for creating a standard interpretation of federal law. Hence you realize how much we still have to evolve in order to seek a consolidation of jurisprudential understanding of the topic and the legal uncertainty it poses to thousands of public managers scattered in the four corners of this huge country called Brazil. At the end, we will analyse the most recent case law on the subject, whereby the intent presents itself as a free and conscious will to act illicitly, not being enough the free will to waive or ignore bidding out the hypotheses legally provided, making it necessary to search the specific intent to setup criminal offense.

**Keywords:** Crime bidding. Waiver. Unenforceability. Specific intent. Generic Dolo. Subjective element. Crime mere conduct. Formal crime. Crime outcome. Consummation. Object. Legal certainty. Public property.

Dedico este trabalho:

Aos meus pais, Paulo Menicucci e Marta Helena,  
pelo incansável amor e dedicação.

Ao meu querido irmão Rodrigo Menicucci, exemplo  
de pessoa e companheiro inseparável.

À minha esposa, Juliana Fagg, por todo o  
amor e companheirismo.

À pequena Anna, que me deu a honra de tê-la como filha.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu irmão Rodrigo Menicucci, me muito me engrandece e ensina sobre a vida e o direito.

Agradeço aos meus pais, pelo exemplo de vida, honestidade e amor incondicional.

Agradeço à Juliana Fagg, amor de toda uma vida, que tanto me incentivou e apoiou em todos os momentos.

Agradeço ao amigo e parceiro Rafael Siqueira, por todo o incentivo e lições aprendidas.

Agradeço, à todos os Mestres com quem tive o prazer de conviver e aprender nessa passagem pelo IDP pelo incansável aprimoramento do estudo, pela busca do conhecimento e pela vida Academia. No entanto, é devido o agradecimento nominal ao professor Flávio Milhomem, com cuja paciência, auxílio e experiência pude contar sempre que necessário. Ao Professor Eugênio Pacelli, pelos incansáveis conselhos acadêmicos e de vida.

## Sumário

Introdução.....	8
1. Crimes Licitatórios .....	11
1.1. Dispensa indevida de licitação (art. 89 da Lei 8666/93).....	13
1.2. Sujeito Ativo .....	14
1.3. Sujeito Passivo.....	17
1.4. Bem jurídico tutelado.....	18
1.5. Tipo objetivo.....	19
1.6. Consumação e tentativa .....	20
1.7. Resultado naturalístico.....	22
2. Elemento subjetivo do crime de dispensa indevida de licitação .....	26
2.1. Crime doloso.....	29
2.2. Dolo: consciência e vontade de produção do resultado <i>normativo</i> .....	30
2.3. Dolo genérico vs. dolo específico .....	36
3. A jurisprudência dos tribunais superiores na interpretação do artigo 89 da lei de licitações .....	39

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, previu que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. Em razão disso, ainda no governo do Presidente Itamar Franco, o Brasil deu um importante passo na busca de um rigor maior no controle e transparência dos gastos públicos com a publicação da Lei nº 8.666 de 22 de junho de 1993. Foi a partir de então que passamos a ter normas sobre licitações e contratos administrativos concernentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além de disciplinar a forma de contratação entre os particulares e o poder público, também era preciso que a norma cominasse uma sanção penal para o caso de descumprimento do procedimento licitatório, que agora passava a ser obrigatório. Para tanto, o legislador fez constar o artigo 89 na Lei 8.666/1993, o qual prevê pena de detenção aquele que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou ainda que deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

A norma penal esculpida no corpo de um diploma normativo de natureza eminentemente administrativa passou a trazer alguns questionamentos, tanto para os administradores que estão diretamente sujeitos à norma, quanto para os juízes, advogados e estudiosos do tema. Dessa forma, na medida em que o Ministério Público começou a oferecer denúncia em desfavor dos administradores, passou-se a discutir sobre a necessidade de demonstrar o elemento subjetivo na conduta do administrador como requisito para a incidência da norma penal.

A importância na definição dos elementos necessários para a configuração do delito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 é de grande relevância, uma vez que impacta diretamente no agir diário de milhares de administradores públicos sujeitos à Lei 8.666/1993, bem como, na própria organização dos órgãos públicos a fim de aparelhá-los para orientar aqueles que devem tomar a decisão de realizar a licitação ou dispensá-la. Não podemos esquecer ainda que boa parte dos administradores públicos espalhados pelo país possuem baixo grau de instrução, pois atuam nos rincões do país sem qualquer estrutura para exercer com um, mínimo de dignidade o múnus público.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isso porque está diretamente relacionado com as responsabilidades daqueles administradores públicos que deveriam aplicar os recursos públicos seguindo os ditames legais, com a estrutura fornecida pelo estado para que esses profissionais possam exercer sua atividade de forma correta e atentos aos princípios trazidos pela Lei 8.666/1993. Também é de extrema relevância social coibir eventuais práticas de desvio de recursos públicos, muitas vezes feitas por meio de dispensas ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei.

A realização da pesquisa conta não só com um robusto arcabouço acadêmico, decorrente dos inúmeros trabalhos que tratam do tema, quanto jurisprudencial, decorrente do conflito de julgados que tratam do tema. Acerca dessa temática, já há manifestação dos Tribunais Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com decisões conflitantes entre tribunais e, em alguns casos, órgãos integrantes de um mesmo Tribunal.

A escolha do tema decorreu do conflito existente entre as Turmas Criminais e a Corte Especial do STJ. Enquanto as Turmas entendiam que não era preciso demonstrar a ocorrência de dolo específico para a configuração do tipo previsto no artigo 89 da Lei nº. 8.666/93, a Corte Especial daquela Tribunal exigia a demonstração do dolo específico para a configuração do crime, sob pena de atipicidade da conduta.

O objetivo do presente estudo é identificar o conjunto de fatores jurídicos e sociais a fim de delimitar sobre a necessidade ou não de demonstrar a existência do elemento subjetivo (dolo) para que o gestor público seja responsabilizado criminalmente nos termos do artigo 89 da Lei 8.666/1993. Ou seja, em que medida o dolo seria elementar do tipo a fim de atrair a responsabilidade criminal dos gestores públicos nas hipóteses em que a dispensa ou inexigibilidade for considerada fora das hipóteses legais. Outra possível visão da problemática do presente estudo seria: partindo de uma análise do ordenamento jurídico, do arcabouço teórico-científico criminal e da função social da norma objeto da presente pesquisa, seria adequado responsabilizar criminalmente o gestor público que, de forma culposa, dispensa ou deixa de exigir licitação fora das hipóteses legais?

Estudar uma forma de aplicação da norma penal em situações tão desiguais e ainda assim coibir a conduta daqueles que utilizam da máquina pública para interesses outros que não o público, é o desafio que ora se coloca.

Para tanto, alguns elementos levantados pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e por parte da Doutrina, demonstram que, a princípio, seria necessário demonstrar a existência de dolo específico consistente na intenção de causar prejuízo ao erário para que o gestor público venha a ser responsabilizado criminalmente pela dispensa ou inexigibilidade de licitação nos termos do art. 89 da Lei 8.666/1993. Baseado nisso, o tipo do art. 89 aplicar-se-ia aos casos em que o agente efetivamente queira lesar o erário ou fraudar a licitação, pois, segundo o professor Marçal Justen Filho, sustentar o contrário significaria defender a punição do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 a título culposo, banalizando a incidência do Direito Penal.

Portanto, este trabalho tem a pretensão de estudar a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o elemento subjetivo na constituição do crime previsto no artigo 89, caput, da Lei nº. 8.666/1993. Em outras palavras, busca saber se para a configuração do mencionado delito seria necessário exige-se do agente um objetivo específico, ou seja, um especial fim de agir.

## 1. CRIMES LICITATÓRIOS

A entrada em vigor da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 trouxe, pela primeira vez, um arcabouço normativo voltado a disciplina de licitações e contratos da administração pública, regulamentando o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Mas a norma foi muito além e passou a tipificar como crime atos ou fatos concernentes a licitação<sup>1</sup>.

Antes da edição da Lei de Licitações, o agente que dispensava ou deixasse de exigir o procedimento licitatório fora das hipóteses legais não respondia pela prática de crime. Dessa forma, para assegurar o respeito à nova norma, os tipos penas nela contidos buscavam assegurar que o procedimento licitatório seria a regra, com algumas poucas exceções também previstas no mesmo diploma normativo, em seus artigos 24 e 25.

Trata-se, portanto, de uma lei penal especial, integrante de um modelo jurídico que comina sanções tendentes a reprimir comportamentos reprovados no próprio diploma normativo. São portanto, um conjunto de normas autônomas ao código penal, o que lhes permite serem alteradas com muito mais agilidade do que as normas contidas no Código Penal. Essas normas penais, incrustadas em uma legislação administrativista, busca regular relações específicas, situadas fora da previsão geral contida no Código Penal<sup>2</sup>. Por estar ligada aos princípios gerais do direito penal, sem, contudo, integrar o Código Penal, essas normas demandam um estudo a parte.

Conforme nos ensina Vicente Greco, a Lei de Licitações não escapou a inflação legislativa que aflige o ordenamento jurídico brasileiro, o que tem causado ao sistema como um todo uma série de dúvidas e imprecisões técnicas. Nas palavras do autor:

Exemplo desse fenômeno é a Lei de Licitações (Lei n. 8.666 de 21-6-1993), que também enveredou para a incriminação, apresentando os defeitos preocupantes da técnica e de conceito, mas que devem ser superados, porque não basta criticar. É necessário sugerir interpretação coerente com a sistemática penal e seus princípios básicos.

---

<sup>1</sup> JOSÉ, Cretella Júnior. **Das licitações públicas: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002)**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 223.

<sup>2</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Legislação penal especial**. 1972. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. pg. 18-19

Outros autores, como André Guilherme Tavares de Freitas, também defendem que a Lei de Licitações possui caráter eminentemente administrativo, muito embora tenha inovado ao trazer em seu corpo normas de cunho penal. Assim, as normas penais presentes na Lei de Licitações caracterizam-se pelo fato de estarem especialmente identificadas como violações de preceitos administrativos previstos no próprio diploma licitatório.

Por esse motivo, qualquer violação ou desrespeito às regras e princípios esculpidos na Lei de Licitações, representará uma consequência penal.

Importante ressaltar que a responsabilidade criminal prevista na lei de licitações não afasta a responsabilização administrativa, cível e também aquela relacionada a improbidade administrativa, tendo em vista a independência destas instâncias. Nesse ponto, é importante ressaltar a posição defendida por parte da doutrina no sentido de que a improbidade administrativa constitui-se como uma quarta esfera de responsabilização, junto com a penal, administrativa e a cível. Neste sentido, José Roberto Pimenta Oliveira<sup>3</sup> expressamente defende que a improbidade administrativa enquanto esfera de responsabilidade jurídica<sup>4</sup> apresenta inequívoca autonomia constitucional.

Em relação a norma licitatória, observa-se que os tipos penais nela previstos cominam em seu preceito secundário a pena privativa de liberdade de detenção e, de forma cumulativa, a pena de multa. Com relação à aplicação das normas penais previstas na Lei de Licitações, cabe ainda observar o comando do seu artigo 108, o qual prevê que “no processo e julgamento das infrações penais definidas nessa lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhe digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal”. Chama a atenção para o fato do referido artigo não fazer qualquer menção ao Código Penal. Todavia, segundo informa André Guilherme Tavares de Freitas<sup>5</sup>, a menção seria completamente desnecessária.

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>4</sup> Costumemente se assevera, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que são três as instâncias de responsabilidade jurídica contempladas na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral: civil, criminal e administrativa. Mas o desconforto inicial na própria alocação da teoria da improbidade administrativa (se responsabilidade civil, criminal ou administrativa) remete-nos além das assertivas tradicionais sobre as três instâncias de responsabilidade jurídica de modo a fazer perceber que a inequívoca matriz das esferas de responsabilização não pode ser outra a não ser a própria Constituição Federal de 1988. (Ação de Improbidade Administrativa nº. 0011520-70.2009.4.02.5101 (2009.51.01.011520-2), TRF2.

<sup>5</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

Isso porque, a aplicação das regras gerais do Código Penal ocorre de forma direta em relação aos crimes licitatórios. Conforme preceitua o artigo 12 do Código Penal, as regras gerais nele estabelecidas terão essa qualidade também em relação a qualquer outra lei especial penal, como é o caso da Lei 8.666/93. Por esse motivo, as regras gerais do Código Penal também o são em relação aos crimes licitatórios, salvo quando a Lei de Licitações dispuser em sentido contrário.

Quanto ao sujeito ativo dos crimes previstos na Lei de licitações, há hipótese de crime próprio e crime comum, a depender do tipo penal que se analise. Como sujeito passivo podemos observar a Administração Pública, entendida em seu conceito amplo, conforme esculpido no artigo 1º da Lei 8.666/93, além de eventual particular lesado em decorrência dos crimes previstos na referida.

### **1.1. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI 8666/93)**

O artigo 89 da Lei 8.666/93 inaugura a seção penal da referida norma, nominada “Dos Crimes e das Penas”. Trata-se de um artigo fundamental para o arquétipo da Lei de licitações, pois é ele o responsável por assegurar que eficácia do processo licitatório e sua aplicabilidade prática. Esse dispositivo busca coibir a transgressão aos princípios e comandos esculpido na Lei 8.666/93, deixando para os casos realmente excepcionais previstos nos artigos 24 e 25 da mencionada lei as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A importância desse dispositivo é destacada na obra de André Guilherme Tavares Freitas, que reconhece nele, talvez, o mais importante<sup>6</sup> artigo da seção dedicada as normas penais dentro da Lei de Licitações. O autor chama ainda a atenção ao fato desse artigo ser o que encontra maior ocorrência prática, conforme pode ser facilmente constatado nos escaninhos dos tribunais.

---

<sup>6</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. Crime na Lei de Licitações. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

## 1.2. SUJEITO ATIVO

Sabe-se que o processo de licitação, previsto na Lei 8.666/93, constitui ato complexo, que se desenvolve em várias fases. Em cada uma delas, há a participação de inúmeros agentes administrativos, o que torna instigante a discussão acerca de quem poderia praticar o crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93.

A doutrina reconhece como sujeito ativo do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93 a autoridade administrativa. Todavia, conforme se verá adiante, há no direito brasileiro duas correntes em relação ao tema. Para a primeira, majoritária, é necessário que a referida autoridade tenha a atribuição<sup>7</sup> de autorizar a abertura de licitação pública, dispensá-la ou afirmar a sua inexigibilidade<sup>8</sup>. Para a corrente minoritária<sup>9</sup>, basta que o agente pratique o comando descrito no artigo para que incida nas penas a ele cominadas.

Como leciona Diógenes Gasparini, “não é qualquer servidor público, mas somente o competente para declarar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação ou o que, também competente, não observar as formalidades desses procedimentos, consoante exigido pelo art. 26 da Lei federal Licitatória”<sup>10</sup>.

Esse conceito, empregado pela grande parte da doutrina, deixa claro tratar-se de crime próprio<sup>11</sup>, razão pela qual só pode ser praticado por agente público que possua poderes para realizar o comando previsto no tipo penal. Conforme leciona José Paulo Baltazar Junior, “O delito do *caput* é próprio, somente poderá ser cometido pelo servidor, nos termos do art. 84, com atribuição para tanto”<sup>12</sup>.

André Guilherme Tavares de Freitas<sup>13</sup> também defende que as condutas descritas no artigo 89 da Lei 8.666/93 relacionam-se a um comportamento específico do agente público. Por esse motivo, conforme conclui o autor, haveria uma estreita ligação entre

---

<sup>7</sup> HC 153.097/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 10/05/2010.

<sup>8</sup> FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (Coord.) **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001. p. 2.554.

<sup>9</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2013.

<sup>10</sup> GASPARINI, Diogenes. **Crimes na licitação**. 4ª ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011. p. 96.

<sup>11</sup> FRANCO, op. cit., p. 2.555.

<sup>12</sup> Baltazar Junior, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 489.

<sup>13</sup> FREITAS, op. cit., p. 264.

a conduta descrita na norma e as atribuições de determinada função ocupada pelo agente, característica relacionada aos crimes próprios.

O fato de determinada conduta ser classificada como crime próprio não afasta a possibilidade de também ser praticada por aqueles que não possuem a qualidade específica exigida no tipo penal. Existe a possibilidade de coautoria ou participação com aquele agente que reúne as qualidades exigidas pelo tipo<sup>14</sup>. Como exemplo, “a autoridade superior que ratifica a dispensa ou a inexigibilidade da licitação ou do assessor jurídico que oferece parecer concluindo pela legalidade de uma ou outra dessas situações”<sup>15</sup>.

Nesse ponto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup> reconhece que a pessoa apta a praticar a conduta típica penal prevista no art. 89 da Lei 8.666/93 é o agente administrativo competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo, o que, a princípio, excluiria a responsabilidade daquele que emite parecer técnico orientando o administrador a dispensar ou inexigir licitação em determinada situação. Todavia, entendeu o Tribunal que o parecerista poderá responder pelo crime<sup>17</sup>, mediante a imprescindível demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico.

Também é fundamental a demonstração clara e precisa do elemento subjetivo, exigido para a configurar a participação. Assim, o partícipe deve ter a consciência de que sua ação está dirigida para a ocorrência do resultado que a lei penal visa coibir, mediante ajuste de vontades. Importante ressaltar que a participação, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado, não se configura pela simples apresentação de parecer, mormente se o ato tido como ilegal foi a ele contrário.

Nessa linha podemos citar ainda José Paulo Baltazar Junior<sup>18</sup>, que além reconhecer o sujeito ativo como sendo o servidor público, ressalta a possibilidade de participação no crime do assessor jurídico que examina a minuta do edital de licitação. Em

---

<sup>14</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2013.

<sup>15</sup> GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 4ª ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011. p. 96.

<sup>16</sup> HC 153.097/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 10/05/2010.

<sup>17</sup> Ante a norma de extensão prevista no art. 29 do Código Penal.

<sup>18</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 5ª ed. Porto Alegre> Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 490.

sua obra, o autor traz inclusive um precedente do Tribunal Regional federal que aborda o tema, qual seja, o mandado de Segurança nº. 20000100042250-3/PI<sup>19</sup>.

André Guilherme Tavares Freitas também assenta que o tipo previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93 seria de mão própria, porque só pode ser praticado por aquele que tenha as qualidades servidor público. O autor não vislumbra a hipótese de um particular cometer o delito de forma direta. Dessa forma, o servidor incompetente ou que não tenha atribuição para dispensar ou deixar de exigir a licitação também poderia praticar o crime ora em análise.

Todavia, André Freitas discorda do entendimento empossado por Greco Filho, segundo o qual a incompetência do funcionário para a prática do ato observado não pode servir, por si só, para a configuração do crime. No entender do autor, casso assim se entenda, estar-se-ia emprestando uma leitura de causação mecânica do resultado, sem se atender para o elemento subjetivo (dolo) do agente que pratica a conduta<sup>20</sup>.

Marçal Justen Filho, também reconhece que o tipo exige a atuação de servidor público, em sua concepção mais ampla. O autor se alinha a corrente majoritária que coloca uma condição especial para que o servidor público figure como autor do delito. Dessa forma, sustenta o autor:

Estarão sujeitos à sanção penal todos os servidores a quem incumbir o exame do cumprimento das formalidades necessárias à contratação direta. Assim, será punível não apenas a autoridade responsável pela contratação, mas também o assessor jurídico que emitiu parecer favorável à contratação direta. Também será punível o terceiro, não integrante da Administração Pública, que concorrer para o crime e tiver auferido vantagem em virtude da contratação direta<sup>21</sup>.

Diógenes Gasparini adota uma postura um pouco mais flexível em relação ao tema. Para o autor, o sujeito ativo das infrações previstas na lei de licitações pode ser tanto uma pessoa física qualquer quanto um servidor. Exemplo seria encontrado no o artigo 93 da

---

<sup>19</sup> MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CRIMINAL. LICITAÇÃO. PARECER DE ASSESSORIA JURÍDICA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 38 DA LEI 8666/1993. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. O sigilo de dados a que refere o inciso XII do art. 5ª da Constituição Federal não é absoluto; pode ser quebrado em prol do interesse público. 2. Dispensa de licitação. Índícios de irregularidades. O assessor jurídico que examina a minuta do edital da licitação pode responder por possíveis ilegalidades decorrentes de seu pronunciamento, se há indícios de conduta suspeita na elaboração do parecer. 3. Segurança denegada. Carlos Olavo, 2ª S., u., 17/12/03.

<sup>20</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª. ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 629

lei de licitações, no qual qualquer dessas pessoas pode impedir a realização de ato do procedimento licitatório. Em alguns casos, deverá ser uma pessoa física qualquer, como no caso do artigo 89, III, porque apenas ela será capaz de fraudar a Fazenda Pública, entregando uma mercadoria por outra<sup>22</sup>. Nesse caso o servidor apenas poderia cometer o crime em coautoria.

Em outros casos, o crime somente poderia ser praticado por um certo servidor ou a quem ele for equiparado, como ocorre na hipótese do artigo 89, *caput*, objeto do presente estudo. Somente ele poderá dispensar ou inexigir a licitação. Aquele que não é servidor ou o servidor que não tenha essa qualificação somente poderia praticar essa infração em coautoria. As pessoas públicas, as governamentais e as privadas não podem ser autoras desses crimes.

### 1.3. SUJEITO PASSIVO

A doutrina em peso defende que o sujeito passivo nos crimes elencados na Lei de Licitações é a Administração Pública, tomada em seu conceito mais amplo que lhe dá o artigo 6º, XI da referida lei<sup>23</sup>. Também pode ser sujeito passivo dessas infrações tanto a pessoa física quanto a jurídica privada, bastando que sejam ofendidas pela ação criminosa, a exemplo da hipótese do artigo 98.

Segundo José Paulo Baltazar Junior, sujeito passivo nos crimes licitatórios seria o ente público no âmbito do qual se dá o procedimento licitatório. De forma secundária também poderiam ser vítimas o servidor ou outros participantes do certame. Nas palavras do autor:

Na qualidade de sujeito passivo desse crime, em sentido mais abrangente, temos o Estado, porém, mais especificadamente, figura a pessoa jurídica na qual se observou a dispensa ou a inexigibilidade indevida, ou a omissão das formalidades pertinentes àquelas, podendo ser, portanto, qualquer um dos entes mencionados no art. 85 da Lei de Licitações.

(...)

Por outro lado, menciona-se na doutrina que o particular que se viu impossibilitado de participar da licitação e, conseqüentemente, da possível e futura contratação, em razão da indevida dispensa ou inexigibilidade levada a efeito, também figure como sujeito passivo desse crime, afirmação com a qual não concordamos, pois o cerne da infração penal em estudo é a proteção

---

<sup>22</sup> GASPARINI, Diógenes. **Crimes na licitação**. 4ª ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011.

<sup>23</sup> GASPARINI, op. cit.

da moralidade administrativa, cujo titular é a pessoa jurídica no âmbito da qual se observou a ilegalidade, e não o particular externo á estrutura administrativa, que poderá ser visto como lesado somente por conjecturas e presunções, e não com a análise objetiva do fato delituoso.<sup>24</sup>

Conforme se pode observar, para Paulo Baltazar apenas o Estado pode figurar no polo passivo na hipótese do artigo 89 da Lei 8.666/93. O autor expressamente afasta a possibilidade de que um particular se enquadrar como sujeito passivo do crime.

#### 1.4. BEM JURÍDICO TUTELADO

Segundo José Paulo Baltazar Junior, o bem jurídico tutelado seria a moralidade administrativa, especialmente os princípios da competitividade e da isonomia. Sustenta o autor que o artigo 89 da lei de licitações busca proteger a regularidade e a lisura do procedimento licitatório, com ênfase nos princípios da competitividade e da isonomia, bem como o patrimônio público e a moralidade administrativa<sup>25</sup>. (STJ AP nº. 261/PB)

Nessa mesma linha, Diógenes Gasparini<sup>26</sup> a Lei de Licitações sustenta que o interesse protegido pela norma penal é a moralidade administrativa (art. 89), a regularidade do procedimento licitatório (art. 94) e o patrimônio público (art. 96).

O Superior Tribunal e Justiça já se pronunciou sobre a questão em diversas oportunidades. Tomamos como exemplo o acórdão proferido quando do Julgamento da Ação Penal nº. 261. Nesse julgado, o STJ assentou que:

Na descrição do delito em análise, não se exige que tenha comportamento delituoso ocasionado prejuízo. Segundo a doutrina, objetiva o tipo não apenas proteger o patrimônio público, mas também preservar o princípio da moralidade<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 488/498.

<sup>25</sup> Ibid., p. 499.

<sup>26</sup> GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 4ª ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011.

Para Marçal, a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando ocasionar contratação indevida e restar evidenciada a intenção reprovável do agente, que deve agir buscando o resultado danoso.<sup>28</sup>

### 1.5. TIPO OBJETIVO

Para Marçal Justen Filho, a sanção penal deve incidir não apenas quando o agente ignora as hipóteses previstas para a inexigibilidade, mas também quando simula a presença daqueles requisitos. Assim, na visão do autor, “a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente (visando a produzir o resultado danoso). Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante”<sup>29</sup>.

Já na visão de André Guilherme Tavares de Freitas, o tipo do artigo 89 da Lei 8.666/93 necessita, para sua ocorrência, de procedimento licitatório instaurado. Somente a partir desse ponto é que seria possível avaliar a possível fraude ou frustração na sua realização, o que acarretaria prejuízo ao caráter competitivo do certame. Nesse ponto, destaca o autor:

Justifica-se essa colocação, pois a fraude pode ser anterior ao certame e direcionada a não instauração do mesmo, objetivando v.g., que determinada empresa seja contratada diretamente, ou seja, com dispensa indevida de licitação, caso em que se aplica o tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93, mesmo com a verificação da fraude na conduta<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> PROCESSO PENAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 89 LEI 8.666/93). 1. O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso. 2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público. 3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações. 4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasiona dano ao erário. 5. Denúncia rejeitada. (Apn 261/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/03/2005, DJ 05/12/2005, p. 197)

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª. Ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 610.

<sup>29</sup> Ibid., p. 629.

<sup>30</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

O autor também defende que o crime também pode ser praticado quando o agente invoca uma situação descrita nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações que não encontra respaldo na realidade. O autor conclui que o tipo penal do artigo 89 da Lei 8.666/93 busca assegurar que a licitação será sempre a regra para contratações do poder público, restringindo os casos de excepcionalidade ao estritamente necessário, bem como assegurar os princípios da moralidade e da regularidade dos procedimentos licitatórios, protegendo assim o patrimônio público.

## 1.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Segundo José Paulo Baltazar Junior, a consumação do crime ocorre com a prática do ato administrativo de dispensa ou declaração de inexigibilidade, ainda que não haja contratação<sup>31</sup>.

Alberto Silva Franco Problematisa a questão com a seguinte indagação: “Mas, e se o agente público baseia e fundamenta a dispensa ou a inexigibilidade da licitação em uma das hipóteses previstas nos arts. 24 ou 25 da Lei 8.666/93, a situação fática não se amolda ou subsume ao preceito autorizador?”<sup>32</sup>

O autor assevera que em casos como esse, haveria a consumação do crime. O autor considera ainda que a não subsunção equivaleria a considerar que a dispensa tenha ocorrido “fora das hipóteses previstas em Lei”, desde que se possa identificar o elemento subjetivo. Ou seja, para tanto faz-se necessário que o agente tenha tido a consciência de que a situação não se amoldava àquela hipótese e a vontade de, ainda, assim, evitar o processo de licitação.

Conforme se verifica do estudo dos julgados relativos a matéria e dos ensinamentos dos mais variados doutrinadores, não há uma regra geral para todos os casos. A questão é complexa e demanda a análise individualizada de caso a caso. Exemplo disso é a dispensa de licitação com base no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93, ou seja, mediante alegação de urgência.

---

<sup>31</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>32</sup> FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (Coord.) **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

Em casos como esse, Alberto Silva Franco sustenta que “a só subsunção do fato à norma, ou seja, a dispensa do certame sob alegação de urgência, sem que esta tenha ocorrido, não é suficiente para a incriminação. Impõe-se verificar, nos termos do art. 18 do CP, se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo<sup>33</sup>.”

Para José Paulo Baltazar Junior não haveria a prática de crime no caso em que o contrato tem valor inferior ao limite máximo para dispensa de licitação<sup>34</sup> em Sociedades de Economia Mista<sup>35</sup>.

A questão também é debatida por André Guilherme Tavares de Freitas, que destaca que o verbo do tipo “dispensar” pode ser praticado por ação ou omissão. No caso de crime comissivo, a consumação se dá com a ratificação e publicação do ato que dispensou a licitação. Já no caso de crime omissivo, o crime estará consumado quando for ultrapassada a última oportunidade de cumprir com o dever de agir. Segundo o autor, “tal conduta representará, portanto, um crime omissivo próprio cuja natureza jurídica é de crime de mera conduta”<sup>36</sup>.

Quanto ao verbo “inexigir”, entende o autor tratar de crime comissivo, pois demanda a ação do agente para que o crime possa se consumir. Isso porque o administrador deve declarar, fora das hipóteses previstas em lei, ser inexigível a licitação. A consumação ocorrerá quando o ato for ratificado e publicado, independentemente da futura contratação, que no entender do autor seria um mero exaurimento do tipo.

---

<sup>33</sup> FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (Coord.) **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>34</sup> Nesse sentido entendeu o STJ quando do julgamento do STJ, RHC 20030167629/MS, Laurita Vaz, 5a. T., u., 11.4.05.

<sup>35</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 490/491.

<sup>36</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

## 1.7. RESULTADO NATURALÍSTICO

Existe divergência sobre a necessidade de lesão ao erário (resultado naturalístico)<sup>37</sup> para a constituição do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93.

Há corrente que defende que o tipo do artigo 89 da Lei 8.666/93 apenas se constitui se houver lesão ao erário. Ou seja, o prejuízo patrimonial seria elemento constitutivo do tipo, sem o qual não haveria fato típico. Nesse sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho:

“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 licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.”<sup>38</sup>

Na mesma linha colhem-se inúmeros julgados da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> “Por resultado naturalístico (ou resultado típico ou ainda resultado exigido pelo tipo para consumação formal do delito) entende-se a modificação natural do mundo exterior (perceptível pelos sentidos) causada pela conduta” (GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186).

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª. Ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 865.

<sup>39</sup> AÇÃO PENAL. LICITAÇÃO. FRAUDE. DENÚNCIA. NÃO EVIDENCIAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO DANO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS ACUSADOS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.[...]

2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal [...]

(APn .330/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2007, DJe 15/12/2008)

O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário. (APN n. 375, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05.04.2006, DJ de 24.04.2006).

Processo penal. Licitação. Dispensa. Denúncia. Rejeição. Falta de Justa causa.

1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.

2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prima do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação.

Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa tem relevância para afeito de punição.

3. Denúncia rejeitada.” (APN n. 323, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05/10/2005, DJ de 13.02.2006).

---

“Processo Penal – Rejeição de Denúncia – Dispensa de Licitação (art. 89, Lei 8.666/93).

1. O tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitações tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso.
2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.
3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.
4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasionada dano ao erário. (APN n. 261, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 02.03.2005, DJ de 05.12.2005).

Serviços de advocacia (contratação). Licitação (dispensa). Falta de tipicidade (caso). Habeas corpus (cabimento). Extinção da ação penal (possibilidade).

1. É possível, no caso, reconhecer, desde logo, a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que evidente a atipicidade do fato. Tendo a denúncia reconhecido o êxito do Município com a atuação profissional do paciente e não havendo prejuízo para o erário – bem jurídico primeiro e mais importante tutelado pelo art. 89 da Lei das Licitações -, não há falar em tipicidade.... (HC n. 52.942, 6a T, rel. Nilson Naves, j. em 19.09.2006, DJ de 07.05.2007).

Em face do exposto, há de ser reconhecida a atipicidade da conduta por inexistir dano ao erário, fato este que ficou assentado no próprio acórdão do TJDFT.

Finalmente, cumpre ressaltar que o tipo do artigo 89 da Lei 8.666/93 apenas se constitui se houver lesão ao erário. Ou seja, o prejuízo patrimonial da Administração é elemento constitutivo do tipo. Sem ele, não há fato típico.

Nesse sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho:

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 licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13a. Ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 865)

Nessa mesma linha, colhem-se inúmeros julgados da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: AÇÃO PENAL. LICITAÇÃO. FRAUDE. DENÚNCIA. NÃO EVIDENCIAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO DANO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS ACUSADOS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.[...]

2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal [...]

(APn .330/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2007, DJe 15/12/2008)

O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário. (APN n. 375, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05.04.2006, DJ de 24.04.2006).

Processo penal. Licitação. Dispensa. Denúncia. Rejeição. Falta de Justa causa.

1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.

2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prima do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação.

Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa tem relevância para afeito de punição.

3. Denúncia rejeitada.” (APN n. 323, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05/10/2005, DJ de 13.02.2006).

Por outro lado, há quem afirme que o resultado naturalístico seria dispensável, na medida em que o tipo penal (art. 89 da Lei 8.666/93) não teria feito qualquer exigência nesse sentido.

Razão assiste à primeira corrente. Afirmar que o artigo 89 da Lei 8.666/1993 prescinde de resultado naturalístico viola o princípio da ofensividade, pois, para a imputação de prática criminosa, não basta que se trate de conduta imoral ou inadequada. É imprescindível que a conduta implique lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – no caso, o erário.

Ademais, falar que não se exige o dano ao erário para a constituição do crime de dispensa indevida de licitação é admitir uma enorme incoerência dentro do ordenamento jurídico. Se o dano ao erário é pressuposto para que a dispensa indevida de licitação configure improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei 8.429/92), conforme a doutrina<sup>40</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>41</sup>, não se pode deixar de exigí-lo para a constituição da prática criminosa.

Admitir que uma mesma conduta não represente improbidade administrativa, mas configure prática de crime, seria desastroso, pois representaria violação ao princípio da

---

“Processo Penal – Rejeição de Denúncia – Dispensa de Licitação (art. 89, Lei 8.666/93).

1. O tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitações tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso.
2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.
3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.
4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasionada dano ao erário. (APN n. 261, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 02.03.2005, DJ de 05.12.2005).

Serviços de advocacia (contratação). Licitação (dispensa). Falta de tipicidade (caso). Habeas corpus (cabimento). Extinção da ação penal (possibilidade).

1. É possível, no caso, reconhecer, desde logo, a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que evidente a atipicidade do fato. Tendo a denúncia reconhecido o êxito do Município com a atuação profissional do paciente e não havendo prejuízo para o erário – bem jurídico primeiro e mais importante tutelado pelo art. 89 da Lei das Licitações –, não há falar em tipicidade.... (HC n. 52.942, 6a T, rel. Nilson Naves, j. em 19.09.2006, DJ de 07.05.2007).

<sup>40</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**, Editora América Jurídica, 3a. Ed., pag. 210/211; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. - 4. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, pag. 888; RIZZARDO, Arnaldo. “Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa”. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, págs. 467 e 468.

<sup>41</sup> Recurso Especial nº. 842428, Ministra ELIANA CALMON. SEGUNDA TURMA. Publicação/Fonte DJ 21/05/2007.

intervenção mínima (subsidiariedade-fragmentariedade), ao princípio ofensividade e ao princípio da proporcionalidade.

## 2. ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO

O terceiro capítulo deste trabalho trata especificamente do elemento subjetivo<sup>42</sup> na constituição do tipo penal previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. É preciso estabelecer se o tipo penal admite, além da modalidade dolosa, a modalidade culposa, bem como definir se, para a constituição do delito, basta a verificação do dolo genérico, ou se é imprescindível que o agente seja informado por um dolo específico.

Para Diógenes Gasparini, o elemento subjetivo do crime previsto no artigo 89 da lei 8.666/93 seria o dolo genérico, o qual será objeto de estudo mais a frente desse trabalho. Dessa forma, o autor defende como dolo a “vontade livre e consciente de dispensar ou inexigir a licitação ou de deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nas duas situações o agente há de ter consciência da ilicitude do seu comportamento”<sup>43</sup>.

O autor avança ainda a hipótese de dolo eventual, que ocorreria quando o agente, tendo dúvida a respeito da ilegalidade de sua conduta, assume o risco de realizar o resultado ao dispensar ou inexigir a licitação. Ressalta ainda o autor que no caso do parágrafo único, “ao dolo genérico deve-se somar o específico, pois o agente concorre para a ilegalidade de dispensa ou da inexigibilidade com a finalidade de contratar com o Poder Público”<sup>44</sup>.

Nesse ponto, Vicente Greco Filho ressalta que “o benefício auferido pelo *extraneus*, decorrente da dispensa ou da inexigência, não deverá estar obrigatoriamente na órbita de sua vontade”<sup>45</sup>. Isso porque, na visão do autor, o benefício econômico ou mesmo o dano ao erário nada mais é que uma decorrência fática da conduta, que muito embora seja necessária ao aperfeiçoamento do tipo, não será necessariamente abrangida pelo elemento subjetivo. Nas palavras do autor, “Trata-se, por assim dizer, de uma espécie de *dolus in re*

---

<sup>42</sup> “É possível definir o elemento subjetivo como o nexu psíquico que liga o agente ao ato ilícito, ensejando responsabilização subjetiva. Nesse sentido é a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, para os quais ‘o elemento subjetivo que deflagrará este elo de encadeamento lógico entre a vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração da culpabilidade do agente, poderá apresentar-se sob duas únicas formas: o dolo e a culpa’. (GARCIA, 2008, p. 266-267)”. (MENICUCCI, Rodrigo Trindade Castanheira. *Elemento subjetivo como requisito para a constituição do ato de improbidade administrativa: análise doutrinária*. Boletim do Legislativo, ano 8, n. 88, agosto de 2012, Curitiba: Governet, 2012, p. 481).

<sup>43</sup> GASPARINI, Diógenes. **Crimes na licitação**. 4ª ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011.

<sup>44</sup> FILHO, Vicente Greco, **Dos crimes da lei de licitações**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 13p. 13.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 13.

*ipsa*<sup>46</sup>. Ainda segundo Vicente Greco, o elemento subjetivo deve ser entendido como dolo, que na visão do autor seria “consciente na vontade livre e consciente de praticar ato de dispensa ou de declaração de inexigibilidade, tendo consciência de sua ilicitude, ou de deixar de observar as formalidades a elas pertinentes, também tendo consciência da ilicitude da omissão”<sup>47</sup>.

Guilherme de Souza Nucci<sup>48</sup>, também reconhece o dolo como elemento subjetivo do tipo previsto no artigo 89 da Lei. 8.666/93. Contudo, o autor não reconhece a existência de elemento subjetivo específico em relação ao tipo penal contido no referido artigo. O autor integra a corrente que encontra amparo em parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup>, conforme será abordado mais adiante. Isso porque, em alguns casos julgados nas Turmas especializadas em matéria penal, adotou-se o entendimento de que para a configuração do tipo penal previsto no mencionado artigo da Lei de Licitações, não se exigiria um ânimo ou finalidade própria. Para essa corrente, o desvalor da ação se esgota no dolo, ou seja, seria desnecessário perquirir a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei.

Na outra corrente temos, como exemplo, as lições de Marçal Justen Filho, para quem o “elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se a modalidade culposa”<sup>50</sup>. Na visão do autor, isso representaria a criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade, o que acabaria por banalizar o direito penal.

---

<sup>46</sup> FILHO, Vicente Grego, **Dos crimes da lei de licitações**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 17

<sup>47</sup> Ibid., p. 13.

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais. 2011. p. 848.

<sup>49</sup> “A simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas do que se passa, apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária”. (Recurso Especial nº. 991.880-RS, 5.a T., rel. Felix Fischer, 28.02.2008, DJ 28.04.2008).

<sup>50</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Dialética. 2009.

Por esse motivo, Marçal Justen Filho defende que para a caracterização do crime seria necessário “que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta”. Essa sim seria a conduta ilícita preconizada no artigo 89 da Lei 8.666/9, ou seja, a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. Em outras palavras, o tipo não busca punir a simples conduta de não realizar licitação em um caso em que ela seria necessária. Para ser responsabilizado pelo crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, exige-se do agente “um elemento subjetivo consistente em produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação”.

Alberto Silva Franco<sup>51</sup> caminha em sentido muito semelhante às lições trazidas por Marçal Justen Filho. Para o autor, não basta que o agente tenha atuado com dolo ou com juízo de censura por ter agido de modo contrário ao arquétipo contido na norma para que a conduta típica seja considerada culpável. Sustenta o autor que a culpabilidade está intrinsecamente relacionada a reprovabilidade<sup>52</sup>. Essa mesma lição é trazida pelo professor Heleno Cláudio Fragoso, ao ensinar que o ponto central quando ao tipo penal deixou de ser simplesmente a vontade “em sentido puramente naturalístico, mas sim a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser”<sup>53</sup>.

Para Paulo José da Costa Jr., elemento subjetivo resume-se a vontade livre e consciente do agente público de dispensar ou de não exigir a licitação, ou ainda a vontade de não cumprir com o procedimento formal definido na Lei de Licitações para a dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório, inteirado da ilicitude da omissão.

José Paulo Baltazar Junior<sup>54</sup> é enfático ao afirmar que o tipo subjetivo presente no artigo sob análise é o dolo. Ressalta ainda o autor que na Lei de Licitações todos os tipos penais necessitam do dolo, inexistindo forma culposa<sup>55</sup> nos crimes previstos na Lei 8.666/93.

---

<sup>51</sup> FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (Coord.) **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>52</sup> Id. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7<sup>a</sup>. ed, São Paulo, Ed. RT, 2001, tomo I, p. 298.

Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 7<sup>a</sup>. ed, São Paulo, Ed. RT, 2001, tomo I, p. 298

<sup>53</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral**, 1987, p. 202).” p. 2557.

<sup>54</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 488.

<sup>55</sup> Nessa linha entendeu Tribunal Regional Federal da Quarta Região, quando do julgamento da AC 20047100029546-0/RS.

André Guilherme Tavares De Freitas<sup>56</sup> destaca que as condutas típicas previstas na Lei de Licitações só podem ser praticadas a título de dolo, incluindo o dolo eventual, afastando qualquer hipótese de incidência para crime culposo. O autor aponta que alguns crimes previstos na Lei de Licitações possuem um elemento subjetivo específico, consistente na finalidade especial de agir. O autor cita como exemplo o artigo 90 da Lei de Licitações, no qual há o emprego da expressão “com o intuito de”. Nesse caso, no entender do autor, além do dolo haveria que se demonstrar uma motivação especial para que o tipo penal tenha incidência sobre o comportamento do agente público.

## 2.1. CRIME DOLOSO

O cometimento do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93 pressupõe que o agente tenha agido dolosamente<sup>57</sup>, na medida em que não existe previsão de que o delito possa ser cometido na forma culposa. (art. 18, parágrafo único, do Código Penal).

Segundo José Paulo Baltazar Junior, o elemento subjetivo seria o dolo, em todos os tipos penais esculpido na lei de licitações. Segundo o autor, não haveria a previsão de crime na forma culposa na lei 8.666/93<sup>58</sup>. Assim, se determinado agente proceder à dispensa ou inexigibilidade de licitação de forma indevida, mas culposamente, ele não poderá ser condenado pela prática do delito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crime na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

<sup>57</sup> É oportuno destacar que segundo Guilherme de Souza Nucci, o conceito de dolo depende da teoria adotada. A primeira delas entende o dolo como a vontade consciente de praticar a conduta típica. Uma segunda linha entende que o dolo seria a vontade consciente de praticar a conduta típica, compreendendo o desvalor que a conduta representa. Referido autor se alinha a primeira das correntes acima mencionadas.

<sup>58</sup> Esse entendimento foi determinante no julgamento da AC 20047100029546-0/RS, Néfi Cordeiro, 7ª T., u., 8.7.08 do TRF1.

<sup>59</sup> Vale destacar, contudo, que isso não afasta a possibilidade de que ele seja condenado pela prática de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei 8.429/92), na medida em que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, há entendimento de que os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, previstos no artigo 10 da Lei 8.429/92, podem ser imputados a agente que tenha agido culposamente.

## 2.2. DOLO: CONSCIÊNCIA E VONTADE DE PRODUÇÃO DO RESULTADO *NORMATIVO*

A par da divergência existente sobre o elemento subjetivo necessário para a imputação do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93 – se dolo genérico ou se dolo específico –, é preciso deixar claro que essa classificação encontra-se ultrapassada, pois diz respeito à interpretação literal do dispositivo.

Não se deve recorrer à distinção entre dolo genérico e dolo específico para interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/93. Recomenda-se, modernamente, que, a partir da Teoria do Delito, perquiram-se sobre a vontade de obtenção do resultado normativo do tipo. Essa é a forma juridicamente mais recomendável de definição do elemento subjetivo necessário para a constituição do tipo penal.

Dolo é, por definição legal (art. 18, I, do CP), a vontade de obtenção do resultado ou a assunção do risco de produzi-lo. O agente deve ter consciência e vontade de realização do resultado para que se possa falar em crime doloso.

A definição de dolo, elemento subjetivo indispensável à constituição do fato típico, pressupõe a projeção de um determinado resultado pelo agente. Logo, é possível afirmar que todo crime possui, como elementar, um resultado, o qual deverá ser projetado pelo agente.

Se a constituição de todo e qualquer fato típico pressupõe a existência de um resultado projetado pelo agente, é evidente que esse resultado – imprescindível para a ocorrência de um crime – não é o resultado naturalístico, pois nem todo crime exige esse tipo de resultado (*v.g.*, crimes formais e de mera conduta). O resultado indispensável para a constituição do fato típico – que sempre deverá estar presente – é o resultado normativo (ou jurídico):

Conforme observamos anteriormente, há crimes que possuem resultados naturalísticos, ou seja, aqueles que causam uma modificação no mundo exterior. Outros, contudo, são incapazes de produzir tal resultado porque nada modificam externamente que seja passível de percepção pelos nossos sentidos. Embora nem todos os crimes produzam um resultado naturalístico, todos, entretanto, produzem um resultado jurídico, que pode ser conceituado

como a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado pela lei penal.<sup>60</sup>

Destaca-se: resultado naturalístico e resultado normativo são conceitos distintos. Enquanto aquele significa um dano a bem existencial (plano da realidade) e pode ou não estar presente para a constituição de um crime, este consiste em lesão ou perigo de lesão a bem jurídico protegido (plano normativo)<sup>61</sup> e é imprescindível para a ocorrência de um delito.

Relativamente à imprescindibilidade do resultado normativo para a constituição do fato típico, a doutrina destaca que:

Se as normas penais são, primordialmente, normas de valoração, e se a ofensividade é requisito imprescindível no conceito de delito, não há como admitir qualquer fato punível sem ofensa ao bem jurídico, isto é, sem resultado jurídico (que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido). Todo crime exige esse resultado jurídico (leia-se: o desvalor do resultado), porque *nullum crimen sine iniuria*. De qualquer modo, não basta a afetação do bem jurídico. É preciso que seja desvaliosa (como veremos abaixo).

Tradicionalmente o resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão) achava-se coligado com o conceito de antijuridicidade material. Era estudado, portanto, no âmbito da antijuridicidade. Na atualidade já não se concebe qualquer qualificativo para a antijuridicidade, que é simplesmente a contradição do fato formal e materialmente típico com o Direito. Em conclusão: o conteúdo do que se chamava antijuridicidade material (a lesão ou o perigo concreto de lesão) foi deslocado para o âmbito da tipicidade (aliás, mais precisamente, para a esfera da tipicidade material).<sup>62</sup>

Sendo assim, para que se possa falar em crime, é preciso que o agente projete a realização de um resultado (normativo), que consiste na lesão ou no perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Daí a conclusão de que não há crime sem que haja dolo de lesão ou dolo de perigo ao bem jurídico tutelado. O agente, para agir com dolo, tem de querer ou assumir o risco de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado.

No que toca ao crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, os bens jurídicos tutelados são o erário e a impessoalidade. Como se trata de um crime que se constitui somente na modalidade dolosa, é preciso que o agente queira lesar ou colocar em perigo o erário (queira causar dano ao erário) ou queira ser impessoal (queira favorecer alguém, fraudando o procedimento licitatório).

---

<sup>60</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 214.

<sup>61</sup> GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 208.

Evidencia-se, pois, o dolo exigido pelo tipo: *querer lesar o erário ou querer fraudar a licitação*.

Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que o ilícito previsto no art. 89 só se configura quando o agente quer lesar o patrimônio público ou quer fraudar o procedimento licitatório:

Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido de licitação. [...]

Ademais, a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e demonstrar a vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso.

A respeito, lembra Márcio dos Santos Barros (Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: NDJ, 2005. p. 293) que “talvez seja este o crime que maior preocupação traga ao administrador público porque diz respeito a assuntos absolutamente controvertidos, que dependem em grande parte da interpretação de questões não pacíficas. Assim, só pode ser aplicável à hipótese clara e dolosa violação à lei.

Em julgado onde se discutiu a tipicidade de infração imputada a prefeito, destacou o relator, Ministro Ayres Britto (Inq. nº 2646/RN – Tribunal Pleno, DJe de 7/5/10) o que segue:

“(...)16. Todavia, esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo que não enxergo neste caso: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário.

Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais.

E de outra forma não é de ser, pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvem a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto.

Hely Lopes Meirelles, em seu clássico Direito Municipal Brasileiro (RT, 1985, p. 587/588), no mesmo tom, sustenta que as figuras típicas do art. 1º do Decreto Lei 201/67:

“[...] só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem [...]. Mas em se tratando de crime contra a Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir”. [...]

Veja-se que ainda recentemente, esta Suprema Corte decidiu, sendo Relatora a Ministra Cármen Lúcia, que a ausência de provas da frustração dolosa do

caráter competitivo da licitação conduz ao resultado de improcedência da ação com a absolvição do réu (AP nº 430/RS, Tribunal Pleno, DJe de 26/9/08).

(STF, Plenário, por unanimidade, 2010, Rel. Min. Dias Toffoli, AP 527/PR).

E ainda:

A configuração do crime de dispensa irregular de licitação exige a demonstração efetiva da intenção de burlar o procedimento licitatório, o que não se demonstrou na espécie vertente.

(STF, Plenário, por unanimidade, Rel. Min. Cármen Lúcia, Inq. 2648/2008)

Note-se que a exigência de *dolo de lesar o erário* ou o *dolo de fraudar a licitação* para a constituição do tipo não decorre da ideia de dolo específico. Dolo genérico e dolo específico relacionam-se à classificação – ultrapassada – cujo critério é a literalidade do dispositivo. Exige-se a vontade de *lesar o erário* ou de *fraudar a licitação* porque é indispensável, para a constituição do tipo, que o agente *projete a realização do resultado normativo*. Vale dizer, é imprescindível que o agente tenha consciência e vontade de causar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Isso ocorre porque, ao lado da classificação que divide o dolo em dolo genérico e dolo específico, há classificação que segmenta o dolo em dolo de perigo e dolo de lesão. Trata-se de classificações autônomas. O critério da primeira classificação é a literalidade do dispositivo, ao passo que o da segunda é a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma. Mesmo o dolo genérico (cuja literalidade do tipo não determina um fim específico) será sempre um dolo de lesão ou um dolo de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma.

A análise do bem jurídico tutelado pela norma e a consequente verificação da consciência e da vontade de lesão ou de perigo de lesão desse bem jurídico pelo agente (dolo) é pressuposto da imputação de prática criminosa, pois afasta a responsabilização objetiva e concretiza o princípio da ofensividade. Esse é o motivo pelo qual se defende a superação da distinção entre dolo genérico e dolo específico, que deve dar lugar à verificação do dolo a partir da projeção do resultado normativo pelo agente.

Rogério Greco não deixa dúvidas a respeito da distinção meramente formal entre dolo genérico e dolo específico. Evidencia, por outro lado, que é preciso perquirir sobre a consciência e a vontade de produção do resultado normativo (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma):

Fazia-se, quando prevalecia a teoria natural da ação, a distinção entre dolo genérico e dolo específico. Dizia-se que dolo genérico era aquele em que no tipo penal não havia indicativo algum do elemento subjetivo do agente ou, melhor dizendo, não havia indicação alguma da finalidade da conduta do agente. Dolo específico, a seu turno, era aquele em que no tipo penal podia ser identificado o que denominamos especial forma de agir. [...]

Contudo, uma vez adota da a teoria finalista da ação, podemos dizer que em todo o tipo penal há uma finalidade que o difere de outro, embora não seja tão evidente quanto o próprio artigo se preocupa em direcionar a conduta do agente, trazendo expressões dela indicativas. Isso porque, de acordo com a referida teoria, a ação é o exercício de uma atividade final, ou seja, toda conduta é finalisticamente dirigida à produção de um resultado qualquer, não importando se a intenção do agente é mais ou menos evidenciada no tipo penal.<sup>63</sup>

Dessa forma, como todo crime pressupõe um dolo de lesão ou um dolo de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma, conclui-se que o dolo exigido pelo artigo 89 da Lei 8.666/93 é o de *lesar o erário* ou o de *fraudar a licitação* – independentemente de se tratar de dolo genérico ou de dolo específico.

Nota-se, pois, quão acertada é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o tipo do art. 89 da Lei 8.666/93 aplica-se aos casos em que o agente quer lesar o erário ou quer fraudar a licitação.

Defender o contrário significa advogar a punição do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 a título culposo e banalizar o Direito Penal, como bem explica Marçal Justen Filho:

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se a modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade.

É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.

Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 191.

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª. Ed. São Paulo: Dialética. 2009. p. 866.

A própria interpretação sistemática da Lei 8.666/93 obsta que se verifique o crime do art. 89 se não for verificada uma atitude fraudulenta, que busque alguma vantagem indevida. A interpretação do art. 89, que trata da dispensa indevida de licitação, deve ser feita juntamente com a do art. 99, que regula a multa aplicável à hipótese de dispensa indevida de licitação. Esse dispositivo confirma que os crimes da Lei 8.666/93 vinculam-se a condutas voltadas à obtenção de uma vantagem reprovável, como muito bem explica Marçal Justen Filho:

O dispositivo confirma a interpretação de que a punição penal vincula-se, na totalidade dos crimes arrolados na Lei n. 8.666/93, a uma atuação voltada à obtenção de vantagem reprovável. A pena de multa será calculada proporcionalmente ao valor do benefício econômico que o agente buscou, injustamente, obter.<sup>65</sup>

Dessa maneira, fica claro que não é qualquer conduta que pode se subsumir a um tipo penal. A imputação de prática criminosa não pode partir de mera subsunção formal. A verificação da consciência e da vontade de causar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado é fundamental<sup>66</sup>, pois a constituição do fato típico pressupõe conduta desvaliosa e reprovável, que vise a violar o bem jurídico protegido pelo tipo penal<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Dialética. 2009. p. 878.

<sup>66</sup> Mestre Anibal Bruno ensinou, há muito tempo, que o “resultado típico de dano ou de perigo para um bem jurídico tutelado pela lei penal conduz a ordem jurídica a procurar a vontade geradora desse resultado” e, ainda, que o direito penal “é conceitualmente um Direito Penal da Culpabilidade”; depois de mencionar Mayer, afirma que a “condenação da responsabilidade pelo resultado e essa exigência da responsabilidade pela culpabilidade vieram como produto de um processo longo de criação jurídica, que ainda hoje não chegou ao seu termo”, lembrando que, nas origens, “houve uma fase de pura responsabilidade objetiva” (Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense. v.I, Tomo 2<sup>o</sup>, p/ 23-24 (Parte Geral)).

Não é por outra razão que Nilo Batista indica que o “princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas, deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável”. Para esse jurista, escapar da responsabilidade objetiva impõe que para “além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena”.

(STF, Plenário, por unanimidade, 2010, Rel. Min. Dias Toffoli, AP 527/PR).

<sup>67</sup> “A só subsunção do fato à norma, ou seja, a dispensa do certame sob alegação de urgência, sem que esta tenha ocorrido, não é suficiente para a incriminação. Impõe-se verificar, nos termos do art. 18 do CP, se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Acrescente-se a isso que, para que a conduta típica e ilícita possa ser considerada culpável, não basta que o agente imputável tenha atuado com dolo ou com juízo de censura por ter agido de modo contrário ao arquétipo contido na norma, quando poderia adequar sua conduta ao direito.

Nesse sentido a lição de Alberto Silva Franco (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 7<sup>a</sup>. ed, São Paulo, Ed. RT, 2001, tomo I, p. 298).

No caso específico do artigo 89 da Lei 8.666/93, a análise detida do resultado normativo projetado pelo agente revela que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça estão no caminho certo – ainda que algumas decisões utilizem conceitos ultrapassados ou retóricos, como os de dolo específico e de dolo genérico. A constituição do crime depende de que o agente tenha querido causar prejuízo ao erário ou fraudar a licitação.

### 2.3. DOLO GENÉRICO VS. DOLO ESPECÍFICO

Conforme será analisado adiante, a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça busca definir se o crime previsto no artigo 89 da lei 8.666/93 depende da demonstração do dolo específico ou se para a condenação do agente bastaria a prova do dolo genérico. Importante registrar que a conceituação tratada no presente trabalho baseia-se nos termos empregados pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça, não se ignorando a crítica feita por parte da doutrina quanto a tecnicidade destes conceitos.

Em termos gerais, podemos dizer que dolo genérico seria a vontade de praticar a conduta típica, pura e simples, sem qualquer finalidade ulterior. Em sentido oposto, o dolo específico acrescenta a vontade, acrescida de uma finalidade especial.

Segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>68</sup>, há ainda uma terceira corrente que emprega o termo dolo para designar o dolo genérico e elemento subjetivo do tipo específico para definir o dolo específico.

Cesar Roberto Bitencourt destaca que “a doutrina clássica denominava impropriamente, o elemento subjetivo geral do tipo dolo genérico e o especial fim ou motivo de agir, de que depende a ilicitude de certas figuras delituosas, dolo específico”<sup>69</sup>. Entende o autor que o especial fim de agir não integra o dolo e nem com ele se confunde, porque o dolo se esgotaria com a consciência e a vontade de realizar a ação com o fim de obter o resultado delituoso, ou ao assumir o risco de produzi-lo.

---

Dessarte, a culpabilidade é reprovabilidade. O eixo do conceito não é mais a vontade, “em sentido puramente naturalístico, mas sim a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser” (Helena Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, 1987, p. 202).” (FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (Coord.) Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial. 7ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001. p. 2557.)

<sup>68</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais. 2011. p. 234.

<sup>69</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo:Saraiva 2011. P. 322/323.

Quanto ao tema, Welzel assentou que: “Ao lado do dolo, como momento geral pessoal-subjetivo, que produz e configura a ação como acontecimento dirigido a um fim, apresentam-se, frequentemente, no tipo especiais momentos subjetivos que dão colorido num determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação”<sup>70</sup>.

Por esse motivo, o especial fim de agir, conhecido como dolo específico e que integra certos tipos penais, nada mais é que o “elemento subjetivo do tipo de ilícito”<sup>71</sup>, que possui forma autônoma e independente do dolo. O autor conclui que a denominação correta seria “elemento subjetivo especial do tipo, ou elemento subjetivo especial do injusto”<sup>72</sup>. Isso porque essas expressões pertencem ao mesmo tempo à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde. Assevera o autor:

A ausência desses elementos subjetivos especiais descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo. Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, isto é, desde que a conduta tenha sido orientada por essa finalidade específica<sup>73</sup>.

Em razão da grande variedade de elementos subjetivos especiais do tipo, o autor realiza uma classificação que fica assim definida: delitos de intenção, delitos de tendência, especiais motivos de agir e momentos especiais de ânimo. Ao nosso sentir, mesmo sem que o autor tenha feito referência expressa ao artigo 89 da Lei 8.666/93, entendemos que o conceito que melhor se ajusta ao referido dispositivo legal seria o de “delitos de intenção”.

Assim como defendido no Superior Tribunal de Justiça e já assentado no Supremo Tribunal Federal, conforme poderemos verificar a seguir, esses delitos requerem uma finalidade ao agir, ou seja, reclamam a intenção do agente em querer obter um resultado ulterior, que não apenas o verbo descrito no tipo. Nas palavras de Cesar Roberto Bitencourt:

*Delitos de intenção* requerem um agir com ânimo, finalidade ou *intenção adicional* de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. Trata-se, portanto, de uma finalidade ou ânimo que vai além da realização do tipo. As *intenções especiais* integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente.

<sup>70</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**, Editorial Jurídica de Chile. 1997. p. 97.

<sup>71</sup> BITENCOURT. Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 322/323.

<sup>72</sup> FRAGOSO. **Lições de direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 175.

<sup>73</sup> BITENCOURT. op. cit., p. 322/323.

Para Guilherme de Souza Nucci, essa denominação seria desnecessária. O autor argumenta que bastaria considerar a existência do dolo e de suas finalidades específicas, que no entender o autor constituiriam o elemento subjetivo específico, que poderia ser explícito ou implícito. Quanto ao ponto, acrescenta o autor:

O elemento subjetivo do tipo específico é explícito quando se pode constatar a sua presença no tipo penal (subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem, como no furto) É implícito quando, embora no tipo, não seja visível de pronto (é o caso dos crimes contra a honra, servindo o exemplo supra mencionado da difamação, não há no tipo a especial vontade de prejudicar a reputação, o que se exige na prática)<sup>74</sup>.

Conforme nos ensina Heleno Fragoso, tem-se identificado distintos elementos subjetivos do tipo. O primeiro deles é o que corresponde à noção de dolo específico, também chamado pelo autor de *tendência interna transcendente* ou tipos de finalidade transcendente (ou ulterior) e que nada mais significam que especial fim de agir<sup>75</sup>. – grifou-se

---

<sup>74</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais. 2011. p. 234.

<sup>75</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, São Paulo: Bushatsky, 1976; p. 190-191.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 89 DA LEI DE LICITAÇÕES

Desde a publicação da Lei de Licitações e contratos administrativos, uma grande discussão se colocou a respeito do elemento subjetivo apto a configurar o crime previsto no artigo 89, *caput*, da Lei 8.666/93.

Criado pela Constituição Federal de 1988 e instalado no ano seguinte, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) representa a última instância de julgamento de matérias afetas a leis infraconstitucionais tanto no âmbito da Justiça Federal como no da estadual. Não apenas isso, é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, competência essa prevista no art. 105 da Constituição Federal.

Também compete ao STJ julgar crimes comuns praticados por governadores dos estados e do Distrito Federal, crimes comuns e de responsabilidade de desembargadores dos tribunais de justiça e de conselheiros dos tribunais de contas estaduais, dos membros dos tribunais regionais federais, eleitorais e do Trabalho. Em razão dessa competência originária foi que, em 02 de março de 2005, a Corte Especial do STJ deparou-se com a Ação Penal nº. 261 – PB, que debatia acerca dos elementos necessários à configuração do delito previsto no artigo 89, *caput*, da lei 8.666/93.

Na peça acusatória, informava que o primeiro denunciado, MARCOS ANTÔNIO SOUTO MAIOR, na qualidade de presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no biênio 2000/2002, adquiriu, sem licitação, móveis destinados ao Tribunal de Justiça, à Escola Superior da Magistratura, à Corregedoria Geral de Justiça e às comarcas da capital e do interior. No caso, o Ministério público pedia a condenação com base no artigo 89 da Lei nº. 8.666/93, que prevê pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa para quem dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Essa foi a primeira oportunidade na qual a Corte Especial do STJ analisou os elementos necessários à configuração do delito previsto no artigo 89, *caput*, da lei 8.666/93. A Relatora do acórdão, Ministra Eliana Calmon, entendeu que para a configuração do crime licitatório seria necessário demonstrar o efetivo prejuízo para a administração, por não se

tratar de crime formal, mas sim de resultado. Entendeu ainda que é imprescindível a existência de elemento subjetivo do tipo, que é o dolo específico, sem o qual não há crime.

Após o julgamento da Ação penal 261, o STJ reafirmou sua jurisprudência por inúmeras vezes. Vejamos, a Corte Especial manteve a mesma orientação quando do julgamento das seguintes ações penais: 281, 323, 375 e 330, todas julgadas entre os anos de 2005 à 2007. Nesse ínterim, a Quinta e Sexta Turmas também assentaram sua jurisprudência em consonância com o entendimento pacífico da Corte Especial, quando do julgamento do HC 53.103 e HC 52.942, respectivamente, ambos julgados no ano de 2006.

A orientação do STJ era uniforme, firme e consistente, servindo como baliza norteadora para os demais tribunais pátrios, fazendo cumprir o dever constitucional de zelar pela uniformidade jurisprudencial em matéria infraconstitucional assegurada pela Constituição de 1988. Foi quando, em 28 de agosto de 2008 surgiu o primeiro julgado divergente, nascido na Quinta Turma do STJ, estamos a falar do Recurso Especial nº. 991.880.

O Relator do caso, Ministro Felix Fischer, lembrou que a jurisprudência da Corte era assente no sentido de exigir o dolo específico para resultar em condenação do administrador. O Relator teve o cuidado de enumerar os precedentes antes de abrir a divergência, vejamos:

Posteriormente, frise-se, sempre se fazendo referência ao julgado anteriormente mencionado (APN.261/PB, Corte Especial, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJU de 05/12/2005), esta Corte reiterou o entendimento adotado naquele julgado no sentido de que "O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.". Nessa linha cito comparativamente: APN 281/RR, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 23/05/2005; APN 323/SP, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 13/02/2006; HC 53.103/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 16/10/2006  
A despeito de todos esses julgados alinhavados, frise-se mais uma vez, todos fazendo referência àquele primeiro julgado em que abalizada divergência foi levantada, entendo que a matéria esta a merecer tratamento diverso. Explico!

Ao divergir do até então entendimento pacífico da Corte, o Ministro assentou que o crime do artigo 89 da lei 8.666/93 se perfaz com a mera dispensa ou a afirmação de que a licitação é inexigível, não sendo exigível a ocorrência do resultado naturalístico ou a averiguação da existência de dolo específico, sendo suficiente para a configuração do tipo o

dolo genérico. Até então, poder-se-ia dizer que a Corte mudou o seu entendimento, que passou a adotar nova linha jurisprudencial ao substituir o dolo específico por genérico e o efetivo prejuízo por inexigência de resultado naturalístico.

O fato curioso e merecedor de destaque, é que em 07/05/2008, ou seja, pouco mais de dois meses após o julgamento do Resp 991.880, a Corte especial julgou mais uma ação penal originária, dessa vez a APN 214, da Relatoria do Ministro Luiz Fux. Nesse julgamento, a Corte Especial mais uma vez, por unanimidade, reafirmou que para configurar o tipo previsto no artigo 89 da Lei nº. 8.666/93 é necessária a existência de dolo específico e de efetivo dano ao erário.

7. O tipo previsto no artigo 89 e seu parágrafo único reclama dolo específico, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte.

(...)

10. Sob este último aspecto, advirta-se que o delito é de resultado, reclamando prejuízo ao erário.

Mas o julgamento da APN 214 não colocou fim a controvérsia. Aproximadamente um mês após o julgamento realizado na Corte Especial, a Quinta Turma ao julgar o HC 94.720, da Relatoria do Ministro Felix Fischer, adotou o mesmo posicionamento outrora firmado no Recurso Especial nº. 991.880, anteriormente citado e também da relatoria do Ministro Felix Fischer.

Em seu voto, o Relator chegou a citar o Recurso Especial nº.991.880 como sendo o julgado que teria encerrado a controvérsia estabelecida na Corte Especial, conforme se observa abaixo:

Destarte, a controvérsia nos autos é saber se para a configuração do crime previsto no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, exige-se a ocorrência de resultado naturalístico, na hipótese, prejuízo ao erário municipal.

No julgamento recente do Resp 991.880/RS, de minha relatoria, DJ de 28/04/2008, esta Turma, à unanimidade, encerrando controvérsia estabelecida no âmbito da Corte Especial, a partir do julgamento da APN 261/PB, de relatoria da Exm<sup>a</sup>. Sr<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, firmou entendimento no sentido de ser prescindível, para a caracterização do delito previsto no caput do art. 89 da Lei 8.666/93, a ocorrência de qualquer resultado naturalístico, em especial, prejuízo ao patrimônio público.

Ocorre que a Corte Especial sempre manteve o mesmo posicionamento. Sempre esteve firme no sentido de exigir, para configurar o tipo do artigo 89 da Lei nº. 8.666/93, a existência de dolo específico e efetivo prejuízo ao erário.

De maneira surpreendente, a Sexta Turma quando do julgamento do HC 113.067, passou a adotar o posicionamento da Quinta Turma, firmando sua orientação no seguinte sentido:

O tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito e 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.

Dessa forma, as duas turmas especializadas em direito penal do STJ, passaram a decidir de forma contrária ao entendimento consolidado e inalterado da Corte Especial daquela mesma Corte superior. Dessa forma, a Quinta e a Sexta Turma do STJ, entre 2008 e o início de 2012 mantiveram sua jurisprudência firme no sentido de não exigir efetivo dano ao erário ou a ocorrência de dolo específico para a configuração do tipo previsto no artigo 89 da Lei nº. 8.666/93. Nesse sentido, foram julgados os seguintes processos: HC 94.720, HC 113.067, HC 122011, HC 171152, RESP 1185750, HC159896, HC 109039, AgRg no RESP 1094785, HC 139946, AgRg no Ag 1273319 e, finalmente, o AgRg no Ag 1367169.

Durante todo esse período, a Corte Especial não havia se manifestado novamente acerca do tema, razão pela qual a jurisprudência das Turmas criminais manteve-se pacífica. Ocorre que, tão logo a Corte Especial voltou a analisar a questão, quando do julgamento da APN 480, em 29/03/2012, novamente reafirmou que os crimes previstos no artigo 89 da Lei nº. 8.666/93 exigem, para que sejam tipificados, a existência de dolo específico e de efetivo prejuízo ao erário. Segue abaixo o trecho da ementa que cuidou do tema:

- 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. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.
- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Diante da clara e irrefutável manifestação por parte da Corte Especial, a Sexta Turma do STJ passou a adotar esse mesmo entendimento ao julgar o HC 164.172, julgado 14 dias após a APN 480.

Após tamanha disputa entre a Corte Especial e as Turmas Criminais, era de se esperar que a jurisprudência da Corte responsável pela uniformização jurisprudencial em matéria de lei infraconstitucional finalmente fosse pacificada. Ocorre que a Quinta Turma, continuou a julgar em sentido contrário. Quase dois meses após o julgamento da APN 480 e cerca de um mês após o julgamento do HC 164.172 pela Sexta Turma, a Quinta Turma decidiu de maneira contrária ao julgar o AgRg no RESP 108.4961 e o AgRg no AREsp 141.099.

Analisando a divergência existente na Corte responsável pela uniformização jurisprudencial em matéria infraconstitucional, nos filiamos a corrente uniforme da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, para a ocorrência de um crime doloso, entendemos ser sempre necessário que o agente queira produzir o resultado (normativo). O resultado normativo, como se sabe, consiste na lesão ou no perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Em sentido oposto à jurisprudência do STF e da Corte Especial do STJ, a Quinta Turma do STJ (uma vez que a Sexta Turma passou a adotar a corrente majoritária) entendeu que a dispensa de licitação fora das hipóteses legais, por si só, autorizaria a criminalização da conduta do agente.

O próprio STJ, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux, já asseverou que o referido dispositivo visa a punir o administrador desonesto, não o inábil:

O tipo previsto no artigo 89 e seu parágrafo único reclama dolo específico, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Apn .214/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2008, DJe 01/07/2008.

Aliás, de acordo com o próprio STJ, nem mesmo a improbidade administrativa visa a punir o agente inábil, mas tão somente o agente desonesto:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611). "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006) [...]<sup>77</sup>

Pelo que se pretendeu aqui demonstrar, vê-se que tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, é dado tratamento distinto aos casos de competência originária em relação àqueles que sobem aos tribunais pela via recursal ordinária. Toda vez que estes Tribunais se deparam com ações penais originárias relacionadas a crimes previstos no artigo 89 da Lei nº. 8.666/93, tendem a exigir o efetivo dano ao erário e a existência de dolo específico (posição à qual nos filiamos) para que a conduta seja típica.

Todavia, aos casos que sobem aos tribunais pela via recursal, o critério não se mantém linear, ocorrendo que em vários casos foi adotado entendimento mais gravoso ao réu, contentando-se para a tipificação do crime previsto no artigo 89 com o dolo genérico, sequer exigindo a demonstração de efetivo dano ao erário.

Como forma de demonstrar essa oscilação na jurisprudência do Superior tribunal de Justiça, preparamos uma tabela contendo todos os casos julgados por aquela Corte tendo-se como argumento de pesquisa o seguinte critério "artigo 89 da lei 8.666/93". Segue abaixo a referida tabela:

Numero do Processo	Data do Julgamento	Órgão Julgador	Relator
APN 261	02/03/2005	CE	ELIANA CALMON

<sup>77</sup> REsp 734.984/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008.

APN 281	06/04/2005	CE	CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
APN 323	05/10/2005	CE	FERNANDO GONÇALVES
APN 375	05/04/2006	CE	FERNANDO GONÇALVES
HC 53.103	19/09/2006	5ª T	GILSON DIPP
HC 52942	19/09/2006	6ª T	NILSON NAVES
APN 330	03/10/2007	CE	FRANCISCO FALCÃO
RESP 991.880	28/02/2008	5ª T	FELIX FISCHER
APN 214	07/05/2008	CE	LUIZ FUX
HC 94.720	19/06/2008	5ª T	FELIX FISCHER
HC 113.067	10/01/2008	6ª T	OG FERNANDES
HC 153097	15/04/2010	5ª T	ARNALDO ESTEVES LIMA
HC 122011	01/06/2010	5ª T	LAURITA VAZ
HC 171152	21/09/2010	6ª T	OG FERNANDES
RESP 1185750	01/11/2010	5ª T	GILSON DIPP
HC 118292	16/11/2010	5ª T	LAURITA VAZ
REsp 1194894	16/12/2010	5ª T	JORGE MUSSI
REsp 1058261	16/12/2010	5ª T	JORGE MUSSI
HC159896	19/05/2011	6ª T	VASCO DELLA GIUSTINA
HC 109039	14/06/2011	5ª T	JORGE MUSSI
AgRg no RESP 1094785	20/09/2011	6ª T	MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
HC 139946	08/11/2011	5ª T	JORGE MUSSI
AgRg no Ag 1273319	06/12/2011	5ª T	LAURITA VAZ
AgRg no Ag 1367169	27/03/2012	5ª T	LAURITA VAZ
APN 480 ( <u>transitou em julgado</u> )	29/03/2012	CE	MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
HC 217422	12/04/2012	6ª T	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
HC 164172( <u>transitou em julgado</u> )	12/04/2012	6ª T	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no RESP 1084961	17/05/2012	5ª T	JORGE MUSSI
HC 202937	22/05/2012	6ª T	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no AREsp 141099	22/05/2012	5ª T	LAURITA VAZ
REsp 1133875	12/06/2012	5ª T	MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AgRg no AREsp 92923	02/08/2012	5ª T	LAURITA VAZ
REsp 1315077	28/08/2012	5ª T	GILSON DIPP
HC 207494	09/10/2012	5ª T	MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AgRg no AREsp 152782	07/02/2013	5ª T	LAURITA VAZ
HC 190811	04/04/2013	5ª T	LAURITA VAZ
REsp 1336660	09/04/2013	5ª T	CAMPOS MARQUES
REsp 1349442	09/04/2013	5ª T	CAMPOS

			MARQUES
HC 254615	06/08/2013	5ª T	JORGE MUSSI
AgRg no REsp 1283987	08/10/2013	6ª T	MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (RESSALVA DA RELATORA)
REsp 1185582	21/11/2013	6ª T	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no AgRg no REsp 1374278	18/03/2014	5ª T	MOURA RIBEIRO
AgRg no REsp 1199871	08/05/2014	5ª T	REGINA HELENA COSTA
HC 272295	15/05/2014	5ª T	MARCO AURÉLIO BELLIZZE
HC 233619	05/06/2014	6ª T	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no REsp 1312210	18/06/2014	6ª T	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

- Necessidade de dolo específico e efetivo dano ao erário.
- Desnecessidade de dolo específico ou efetivo dano ao erário.

Por fim, cumpre apenas destacar que, desde o julgamento do recurso Especial nº. 1.315.077, de 28/08/2012, afastou a sombra da nefasta insegurança jurídica que há muito acompanhou o tema ora em debate. Esperamos que com o breve estudo possamos demonstrar de forma clara o quanto precisamos melhorar e evoluir em relação ao controle jurisdicional de precedentes, uma vez que a Corte responsável por uniformizar a jurisprudência, sequer consegue balizar o entendimento de seus órgão internos. Definidos os critérios de aplicação do tipo penal, cumpre-nos observar a jurisprudência pacífica de forma a preservar o interesse público, consagrado no princípio da moralidade administrativa.

## CONCLUSÃO

Esta monografia buscou analisar a problemática acerca do elemento subjetivo na constituição do ato de improbidade administrativa.

Com efeito, há, na doutrina e na jurisprudência, vários posicionamentos divergentes sobre o tema. Em vista disso, buscou-se sistematizá-los, evidenciando os fundamentos pelos quais os autores os adotam, a fim de que melhor se compreenda cada ponto de vista.

No primeiro capítulo, desenvolveu-se o estudo dos aspectos gerais do tipo penal descrito no artigo 89 da lei 8.666/93. Já no segundo capítulo, examinaram-se -se o histórico, a legislação e a definição de dolo, dolo específico e dolo genérico. Especificamente em relação a este último ponto, foi visto que há várias concepções de dolo, tanto por parte da doutrina quanto por parte da jurisprudência. Em cada um deles, foi possível perceber a existência de divergências doutrinárias que redundam em verdadeiras releituras da Lei n.º 8.666/93.

O resultado da pesquisa realizada nesses dois primeiros capítulos revelou-se significativo para o estudo do elemento subjetivo na constituição do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93.

O terceiro capítulo deste trabalho concentra seus esforços na análise do elemento subjetivo na constituição do tipo penal previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. Verificou-se que para a configuração da conduta ilícita preconizada no artigo 89 da Lei 8.666/9, é preciso a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. Isso porque, esse tipo penal não busca punir a conduta de não realizar licitação em um caso em que ela seria necessária. Para que a norma incida de forma a repreender a conduta do agente, exige-se a presença do elemento subjetivo consistente em produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

Verificou-se, ainda, que os conceitos de dolo específico e dolo genérico encontram-se ultrapassadas. Observamos que não se deve recorrer à distinção entre dolo genérico e dolo específico para interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/93. A partir da Teoria do Delito, a questão deve incidir sobre a vontade do agente de obter o resultado normativo do

tipo. Segundo a doutrina mais modera, essa seria a forma tecnicamente mais indicada para definição do elemento subjetivo necessário para a constituição do tipo penal.

Portanto, conforme foi abordado no terceiro capítulo, para que se possa falar em crime, é preciso que o agente projete a realização de um resultado (normativo), que será a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Em razão disso, podemos concluir que não há crime sem que haja dolo de lesão ou dolo de perigo ao bem jurídico tutelado e, para tanto, o agente tem de querer ou assumir o risco de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado.

Também observamos que o Supremo Tribunal Federal se posicionou já se posicionou no sentido de que o ilícito previsto no art. 89 só se configura quando o agente quer lesar o patrimônio público ou quer fraudar o procedimento licitatório.

Ao final, pudemos verificar que o Superior Tribunal de Justiça também uniformizou sua jurisprudência, concluindo que o dolo exigido pelo artigo 89 da Lei 8.666/93 é o de *lesar o erário* ou o de *fraudar a licitação*, muito embora ainda utilize os conceitos de dolo genérico e dolo específico.

A conclusão do trabalho é de que apenas algumas condutas podem se subsumir ao tipo penal previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. Portanto, é fundamental verificar se o agente possui a consciência e a vontade de causar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Isso porque, a constituição do fato típico pressupõe conduta desvaliosa e reprovável, que vise a violar o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Finalmente, depois de vários anos de disputa entre as Turmas Criminais e a Corte Especial, o Superior Tribunal de Justiça definiu um norte a ser seguido por todo o judiciário brasileiro. Dessa forma, prestigia-se não apenas a celeridade dos processos que se arrastam nos escaninhos dos Fóruns, como também a segurança jurídica, imprescindível para o Estado e seus jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5ª ed. Porto Alegre> Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 490.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo:Saraiva 2011. P. 322/323.
- Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 7a. ed, São Paulo, Ed. RT, 2001, tomo I, p. 298
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5a. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 162 - 163.
- FREITAS, Andre Guilherme Tavares. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.
- FERRAZ, Sérgio. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 74
- FILHO, Vicente Greco. **Dos crimes da lei de licitações**. Ed. Saraiva, 1994, p. 13. Leis Penais Especiais Anotadas, de José Geraldo da Silva: p. 302/303.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, São Paulo: Bushatsky, 1976; p. 190-191.
- FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (Coord.) **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001. p. 2557
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 191
- GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13a. Ed. São Paulo: Dialética. 2009. p. 866
- CRETELLA, José Júnior. **Das licitações públicas**: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 223.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**, Editora América Jurídica, 3a. Ed., pag. 210/211; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. - 4. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, pág. 888; RIZZARDO, Arnaldo. “Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa”. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, págs. 467 e 468.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33a. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 195.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Atos Administrativos – Responsabilidade de Autoridade Pública**. Revista Jurídica de Osasco, n. 4, 1999, p. 211-212.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais. 2011. p. 848.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro – **Legislação penal especial**. 1972. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. pg. 18-19

STOCO, Rui. (Coord.) **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001. p. 2557

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. **Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 22/23, jan./mar. 2006.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**, Editorial Jurídica de Chile. 1997. p97.