

**DESNECESSIDADE DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO E DOLO ESPECÍFICO PARA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DO ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93**

JOSÉ FRANCISCO SEABRA MENDES JÚNIOR

Promotor de Justiça

## 1. Introdução

O art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, reza que *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*.

Nesse diapasão, a Lei 8.666/93 foi sancionada com o objetivo de estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Um dos princípios essenciais trazidos na Lei 8.666/93 é o da obrigatoriedade da licitação<sup>1</sup> para a administração pública, ratificando a exigência

---

<sup>1</sup> Art. 2º: *“As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”*.

estabelecida pelo constituinte e consagrando a objetividade<sup>2</sup> dos julgamentos na apreciação das propostas, de modo a dotar de total transparência os contratos administrativos.

Assim, ressalvadas as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade<sup>3</sup>, a obrigatoriedade da realização da licitação, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93<sup>4</sup>, visa assegurar a igualdade de oportunidades entre os interessados em contratar com o Poder Público, e, concomitantemente, possibilitar a escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração.

O presente estudo visa analisar as consequências, na órbita penal, da não realização voluntária de licitação, por parte do administrador público. A respeito, parte da doutrina e dos pretórios tem entendido que a só omissão na realização do certame, com infringência do princípio da obrigatoriedade da licitação, não teria o condão de configurar o crime de dispensa/inexigibilidade indevida, previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, pois que seria imprescindível, para tal mister, a existência do dolo específico e a efetiva ocorrência de dano ao erário. Já a outra corrente, à qual nos filiamos, sustenta que a dispensa/inexigibilidade indevida e dolosa do processo de licitação, pela administração pública, configura o delito tipificado no *caput* do art. 89 da Lei 8.666/93, por se tratar de crime de mera conduta.

---

<sup>2</sup> Toshio Mukai, *in* O Novo estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, São Paulo, 1993, Ed. RT, p. 22, preleciona que *"o princípio do julgamento objetivo exige que os critérios de apreciação venham prefixados, de modo objetivo, no instrumento convocatório, de tal modo que a comissão de julgamento reduza ao mínimo possível seu subjetivismo"*.

<sup>3</sup> A respeito, HELY LOPES MEIRELLES faz distinção entre os casos de licitação dispensada (art. 17, inc. I e III, Lei 8666/93) e dispensável (art. 24, Lei 8666/93), *in* 'Licitação e Contrato Administrativo', São Paulo, 2007, Malheiros, 14ª ed., 2ª tiragem, pp.111-113.

<sup>4</sup> "Art. 3º *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos"*.

## 2.0 crime do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, como delito de mera conduta: prescindibilidade de dolo específico e de prejuízo efetivo ao erário

O art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 assim dispõe:

*Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à exigibilidade. Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.*

Em boa parte dos casos, a dispensa/inexigibilidade indevida da licitação acarreta prejuízo ao erário, como por exemplo, quando resta demonstrada a sobrevalorização de preços. Existem outras situações, no entanto, nas quais, mesmo tendo ocorrido a contratação direta, não é possível identificar a existência imediata do dano ao erário, seja pela ausência de prova clara de superfaturamento, seja pela impossibilidade de se aferir dano concreto ao patrimônio público, mas sim, apenas um potencial prejuízo, considerando a possibilidade de que, na eventual realização de certame, pudessem ser obtidas condições e preços mais vantajosos na formalização do contrato. Aqui, surge a discussão: afinal, o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 ocorre mesmo nos casos em que não resta caracterizado o efetivo prejuízo ao erário? E o móvel da conduta: basta o dolo genérico ou há necessidade de um dolo específico?

Como já tivemos oportunidade de sustentar em artigo anterior<sup>5</sup>, a dispensa indevida de licitação configura ato de improbidade administrativa que pode encontrar tipificação no art. 9º (quando há enriquecimento ilícito do agente público), no art. 10 (quando há prejuízo efetivo ao erário decorrente da ausência de licitação) e no art. 11

---

<sup>5</sup> 'Fracionamento de compras como forma de burlar a obrigatoriedade da licitação e suas conseqüências à luz da Lei 8.429/92', artigo publicado na Intranet MP/RS, no espaço destinado à Procuradoria de Prefeitos.

(hipótese subsidiária, onde há ofensa aos princípios que informam a administração pública e também aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, mas não restam caracterizados o enriquecimento indevido nem tampouco o dano ao erário), todos da Lei 8.429/92.

Já na órbita penal, ao examinar o tipo do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, verifica-se, de plano, que o legislador não estabelece como condição para a consumação do crime a existência de prejuízo aos cofres públicos, nem tampouco exige dolo específico. Trata-se, a nosso ver, de crime de mera conduta, que se exaure na *prática* consumativa do ato de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses permitidas em lei, ou do ato de inobservar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, prescindindo de resultado naturalístico e de elemento subjetivo específico.

Sobre o momento consumativo do delito, ensina Luis Carlos Alcoforado<sup>6</sup> que *“em relação à primeira parte do ‘caput’, a consumação ocorre meramente com a efetiva prática do ato de dispensa ou da declaração de inexigibilidade, sendo desnecessário a assinatura do contrato. No que tange à segunda parte, consuma-se o delito com a não observância das formalidades exigidas, no prazo legal”*. Alcoforado complementa seu escólio observando que *“conveniente tratar-se de crime de perigo, não havendo necessidade de real prejuízo à Administração para sua consumação”*.

Com efeito. Se o ordenamento jurídico exige que a compra, a contratação de obras, serviços, alienações e locações pela administração pública sejam precedidas de licitação, a indevida e deliberada dispensa/inexigibilidade do certame público configura prática de ato ilegal, com clara repercussão tanto na esfera criminal, com a aplicação do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, como com a aplicação, na espécie, da Lei 8.429/92, na seara da responsabilização por improbidade administrativa e pelo ressarcimento de eventuais danos causados ao erário.

Ao discorrer sobre o tema, Vicente Greco Filho<sup>7</sup> salienta que se trata *“de crime de perigo abstrato, ou seja, não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha a causar-lhe prejuízo. O contrato pode ser necessário e adequado. A incriminação está na dispensa ou inexigibilidade da licitação, independentemente de prejuízo. O prejuízo concreto à Administração, que consistiria no superfaturamento do serviço, pode ocorrer e enseja adicional sanção civil, prevista no art. 25, §2º”*.

Paulo José da Costa Jr.<sup>8</sup> também argumenta que *“o crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto”*.

Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>, por seu turno, também defende a tese de que *“no caput do art. 89 o crime é formal, consumando-se com a mera dispensa ou inexigibilidade não autorizada pela lei”*.

No mesmo sentido, o entendimento de Diógenes Gasparini<sup>10</sup>, segundo o qual *“no caso, o que se quer genericamente proteger é a moralidade administrativa, a lisura nas licitações. Especificamente, o dispositivo visa impedir que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade sejam alargadas (...) Cuida-se de crime de perigo abstrato, pois não se questiona sobre eventual prejuízo sofrido pela Administração Pública em função do contrato celebrado ou a ser ajustado”*. Ainda, sobre o momento consumativo do delito, o festejado mestre paulista acrescenta que *“consume-se o crime, no que respeita à dispensa, dispensabilidade ou inexigibilidade de licitação, com a edição do ato*

---

<sup>6</sup> Licitação e Contrato Administrativo. Brasília-DF, 2ª ed., Brasília Jurídica, p. 422.

<sup>7</sup> Dos Crimes da Lei de Licitações. São Paulo, 2007, Saraiva, 2ª ed., pp. 60-61.

<sup>8</sup> Direito Penal das Licitações. São Paulo, 1994, Saraiva, p. 17.

<sup>9</sup> Ob. Cit., p. 188.

<sup>10</sup> Crimes na Licitação, São Paulo, 3ª ed., NDJ, pp. 95-96.

*administrativo que libera a Administração Pública da realização dessa espécie de certame, independentemente da celebração do contrato. Até porque este pode não ser celebrado, não obstante o crime já se consumara”<sup>11</sup>.*

Sobre o elemento subjetivo no crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, Diógenes Gasparini<sup>12</sup> afirma que *“é o dolo genérico, consubstanciado na 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 de seu comportamento. O dolo será eventual se o sujeito da infração, tendo dúvida quanto à ilegalidade de sua conduta, assume o risco de a cometer”*.

A jurisprudência da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça rio-grandense, órgão fracionário especializado no julgamento de ações penais em face de Prefeitos Municipais no Rio Grande do Sul, tem sido remansosa no sentido de que o crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei de Licitações, independe da produção de resultado naturalístico, consumando-se tão-somente com a dispensa/inexigibilidade indevida da refrega licitatória, prescindindo, portanto, da ocorrência de prejuízo efetivo ao erário e de dolo específico na conduta do agente. Senão, vejamos:

***“DISPENSA DE LICITAÇÃO – DOLO - O crime do art. 89 da Lei 8.666 é de mera conduta e contenta-se com dolo genérico<sup>13</sup>. Mas para configurar-se, é preciso que fique bem demonstrado o elemento subjetivo, representado pela vontade livre de burlar a lei, sendo inteiramente atípica a conduta, quando o agente acredita que naquela hipótese não existe conflito com a norma***

---

<sup>11</sup> Ob. Cit., p. 97.

<sup>12</sup> Ob. Cit., pp.97-98.

*incriminadora e o interesse público está perfeitamente satisfeito. À unanimidade absolveram o réu” (Processo Crime nº 70002534659, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 14/03/2002).*

Vejamos outros julgados no mesmo sentido:

*“Prefeito – Licitação – Publicidade – É vedada a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação, incorrendo nas penas do art. 89 da Lei nº 8.666, o prefeito que a dispensa. Inteligência dos arts. 2º e 25, inc. II, do mesmo diploma. Prefeito – Falta de licitação – Os delitos do inc. XI do art. 1º do Dec.-lei nº 201 e do art. 89 da Lei nº 8.666 são de mera conduta e não reclamam dolo específico, bastando a mera ação delituosa, não se cuidando da intenção de causar prejuízo ao erário ou acréscimo<sup>14</sup>. Ação penal procedente” (Processo Crime nº 696801430, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 19.11.98).*

*“Prefeito Municipal. Cerceamento de defesa. Preliminar não acolhida. Não configura cerceamento de defesa quando pela leitura da inicial e dos documentos que a acompanham fica clara a imputação, artigo 89 da Lei 8.666/93. O tipo penal previsto nesse artigo classifica-se como crime de mera conduta, consumando-se com a ação de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade<sup>15</sup>.*

---

<sup>13</sup> Grifo inexistente no original.

<sup>14</sup> Grifo inexistente no original.

<sup>15</sup> Grifo inexistente no original.

*Denúncia recebida*” (Processo Crime nº 699801148, Rel. Des. Danúbio Edon Franco, j. 16.09.99).

*“É princípio constitucional assente que as compras sejam contratadas pelos administradores públicos mediante processo de licitação (CF, art-37, XXI), formalidade exigida objetivando dar efetividade aos princípios da impessoalidade, moralidade e produtividade da administração pública. A dispensa de licitação na aquisição de medicamento, pelo Prefeito, sem justa causa, constitui crime, em tese, definido no art. 89 da Lei 8666/93, delito formal e de perigo abstrato, cuja caracterização dispensa comprovação de prejuízo material para a administração pública<sup>16</sup>. Pode o estado de necessidade, caso a caso, tornar dispensável o processo de licitação na aquisição de medicamento, afastando a ilicitude ou a culpabilidade do ordenador da despesa, circunstância no entanto não comprovada de plano, impondo o recebimento da denúncia”* (Apelação Crime Nº 698800794, 4ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. em 15/10/1998).

No bojo do acórdão proferido na Apelação-Crime nº 70023509227, colhe-se, também, interessante observação sobre o tema, na qual, após tecer comentários sobre a prova colhida, concluiu assim o relator, Des. Constantino Lisbôa de Azevedo:

*“O delito do art. 89, caput, não exige dolo específico, ou seja, independe de prejuízo ao erário, bastando para sua*

---

<sup>16</sup> Grifo inexistente no original.

*consumação a mera ação ou omissão nele prevista. Trata-se de um crime de mera conduta, bastando o não realizar do certame, fora dos casos previstos nos arts. 24 e 25 do diploma licitatório, para que se perfectibilize a conduta típica”.*

Em idêntica linha de raciocínio:

*“PREFEITO MUNICIPAL – LICITAÇÃO – FRACIONAMENTO – CRIME DE MERA CONDUTA - DEMONSTRAÇÃO ATRAVÉS DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. Prefeito Municipal que contrata os serviços de oficina mecânica, sem licitação, em diversas oportunidades fracionando as despesas através da emissão de notas com dados diferenciados, incorre nas penas do art. 89 da Lei 8.666, tanto ele como o proprietário da oficina, por força do parágrafo único do citado art. 89. Decisão baseada em ampla prova documental, representada pelas notas fiscais emitidas, apoiada nos relatos das testemunhas. Em que pese tenha ficado demonstrado que houve prejuízo ao Município, tratando-se de crime de mera conduta, sendo desnecessário que o agente político tenha a intenção de lesar o erário, quanto mais, que realmente tenha ocorrido efetiva lesão ao ente público<sup>17</sup>. Ação Julgada Procedente”. (Processo Crime nº 70009425844, Rel Des. Gaspar Marques Batista, j. 03/04/2008).*

---

<sup>17</sup> Grifo inexistente no original.

No mesmo sentido, decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

*“O diretor-executivo de autarquia federal, possuidor de amplos poderes administrativos, que efetua compra de imóveis dispensando a licitação, sem observar o devido procedimento, comete o ilícito capitulado no art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93. O conjunto probatório indica que o acusado possuía pleno conhecimento sobre a necessidade de, uma vez dispensada a concorrência, observar as formalidades legais pertinentes, restando evidenciada a conduta dolosa. **Cuidando-se de crime de perigo abstrato, para que resulte caracterizado, não há necessidade de comprovar que a Administração resultou prejudicada materialmente com a não realização do processo licitatório**<sup>18</sup>. O réu não se exime de sua própria responsabilidade em face da suposta co-autoria de outras pessoas não denunciadas pelo Parquet. A dosimetria da pena de multa revela-se adequada aos moldes previstos no § 1º, do art. 99, da Lei de Licitações. Alterada a pena de reclusão para detenção, consoante previsto no artigo 89 da referida norma legal” (Apelação Criminal nº 2001.70.00.022836-4/PR, julg. 24.03.04 - Rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro, DJU, 31.03.04, p 551).*

### 3.0 dissenso doutrinário e jurisprudencial

Examinada a posição pacífica da 4ª Câmara Criminal do TJRS sobre o assunto, se formos realizar pesquisa em outros tribunais e no STJ, verificaremos entretanto que inexistente consenso quanto à matéria, isto porque há respeitável corrente

---

<sup>18</sup> Grifo inexistente no original.

doutrinária e jurisprudencial defendendo o entendimento segundo o qual o art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 exige a ocorrência de resultado danoso para se perfectibilizar, assim como também a presença de dolo específico na conduta do agente.

A respeito, quando do julgamento da Ação Penal Originária nº 2006.004967-7, o Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 20/08/2008, assim se manifestou:

*“PROCESSO PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 89, ‘CAPUT’, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO E DE DOLO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime tipificado no art. 89, ‘caput’, da Lei nº 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário”.*

Emblemático, nesse mesmo sentido, o acórdão do STJ, no HC 53103 / SP, cujo Relator foi o Ministro Gilson Dipp, decisão proferida pela 5ª Turma em 19/09/2006<sup>19</sup>, onde considerada atípica a conduta de agente público, entendendo-se, no caso, não configurada a prática do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, dada a ausência de prejuízo ao erário e de dolo específico na conduta do agente.

*“EMENTA: HC. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA DEFESA DO ENTE PÚBLICO EM CAUSAS TRIBUTÁRIAS. SINGULARIDADE DO SERVIÇO E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO RECONHECIDAS. CONDENAÇÃO CRIMINAL, MANTIDA PELO*

---

<sup>19</sup> Decisão publicada em 26/10/2006, no DJ p. 393.

*TRIBUNAL A QUO, BASEADA EM CONDENAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, REFORMADA PELA MESMA CORTE ESTADUAL. AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE FRAUDAR A LEI. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DETERMINADO. ORDEM CONCEDIDA. ANÁLISE DOS DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADA.*

*I. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93, por ter celebrado, na condição de prefeito do Município de Palmeira D'Oeste/SP e sem as formalidades legais para a declaração da inexigibilidade de licitação, contrato com escritório de advocacia para a defesa do ente público em causa tributárias.*

*II – Ação penal ajuizada com base em condenação sofrida pelo paciente e o escritório de advocacia contratado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, a qual, todavia, foi julgada improcedente pelo Tribunal a quo em julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, restando condenada em honorários a Fazenda do Estado.*

*III – Na esfera criminal restou reconhecida pelo Magistrado a hipótese de inexigibilidade de licitação, levando-se a efeito a condenação ante a ausência das formalidades legais para a declaração da desnecessidade do procedimento licitatório.*

*IV – Na esfera cível, o Tribunal a quo entendeu pela ausência de intenção de fraudar a lei por parte do paciente, bem como pela inexistência de qualquer dano ao erário, notadamente em razão do êxito da atuação do escritório de advocacia em grau recursal, impondo à Fazenda do Estado a obrigação de pagar à municipalidade as diferenças retidas de ICMS.*

*V – Tais fundamentos, trazidos para a esfera penal, tornam atípica a conduta do paciente, não havendo falar-se na prática do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, que para sua configuração exige, além da ocorrência de prejuízo ao erário, a presença de dolo específico na conduta do agente, a qual é penalmente irrelevante se presentes os pressupostos para a contratação direta. Precedentes da Corte Especial do STJ.*

*VI. Deve ser anulado o acórdão impugnado e trancada a ação penal instaurada contra o paciente, ante a atipicidade da conduta por ele praticada, decorrente da ausência de dolo específico e de inexistência de dano ao erário, bem como diante da presença da*

*hipótese de inexigibilidade de licitação, reconhecida pelo próprio Juízo criminal.*

*VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator, restando prejudicada a análise dos demais pedidos. (HC. 53.103 – SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 16/10/2006).*

Na mesma linha, a decisão esposada pelo STJ quando do julgamento da APN 261/PB, onde foi rejeitada denúncia pela prática do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, com a argumentação de que o referido tipo “*tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso*”. Nesse acórdão, de lavra da Min<sup>a</sup> Eliana Calmon, foi destacado, ainda, o entendimento de que “*é penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público*”, sendo que “*o dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações*”<sup>20</sup>.

Ocorre que essa questão não está pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, visto que há entendimentos em contrário naquela Corte, como se depreende do julgamento exarado no REsp 991880/RS, no qual atuou como Relator o Min. Felix Fischer, *verbis*:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL QUE SE ESGOTA NO DOLO. CRIME QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DE QUALQUER RESULTADO NATURALÍSTICO. I - A simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 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 dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 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. II - Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo). Recurso desprovido".*

Na doutrina, alguns ilustres juristas argumentam no sentido de que o dolo específico e o prejuízo efetivo ao erário seriam elementos do tipo do art. 89, caput, da Lei 8.666/93. Vejamos:

Luiz Flavio Gomes<sup>21</sup> sustenta que o bem jurídico primeira e mais importantemente tutelado pelo art. 89 da Lei das Licitações é o erário público. Logo,

---

<sup>20</sup> Também nesse sentido podem ser mencionadas as decisões proferidas pelo STJ na Apn 375/AP e Apn 323/CE, ambas de Relatoria do Min. Fernando Gonçalves.

<sup>21</sup> Dispensa de licitação: ausência de tipicidade material. Fato atípico. Trancamento da ação penal, artigo publicado na Internet, no saite <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8588>, capturado em 17/ 4/2009.

embora o *caput* do artigo 89 não faça referência a resultado naturalístico, no seu entender, somente nos casos em que haja lesão ao bem jurídico tutelado é que se poderá cogitar da prática delituosa. Isto porque, na sua ótica, mesmo nos delitos formais e também nos de mera conduta, não basta a realização formal dos dados típicos, para que se tenha um fato típico, sendo imprescindível, conforme a teoria constitucionalista do delito, a soma da tipicidade formal, da tipicidade material e da tipicidade subjetiva (dolo e, eventualmente, outros requisitos subjetivos e especiais). Assim, defende Luiz Flávio Gomes que *“quando a conduta realiza formalmente o tipo penal (caso do art. 89, caput), mas não produz nenhum resultado jurídico desvalioso, não há se falar em lesão ao bem jurídico”*, ou seja, a contratação com dispensa/inexigibilidade indevida de licitação é formalmente típica, mas desprovida de tipicidade material quando não ocasiona resultado danoso ao erário.

Marçal Justen Filho<sup>22</sup>, por seu turno, também sustenta que *“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”*. Ademais, acrescenta<sup>23</sup> que *“o crime do parágrafo único exige dolo específico (consistente no fim de celebrar contrato com o Poder Público). No tocante ao crime do caput, não parece viável exigir apenas o dolo genérico. 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 a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a*

---

<sup>22</sup> Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 579

<sup>23</sup> Idem.

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

#### **4. Nossa posição frente ao dissenso:**

Como já visto, o art. 37, inc. XXI, da CF, reza que a administração pública só pode contratar com terceiros a compra, locação e venda de bens, serviços e execução de obras se observar determinados procedimentos formais que tem por norte os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade pública. No mesmo sentido, o art. 2º da Lei 8.666/93, observando-se que a própria Lei de Licitações estabelece as exceções, nos arts. 17, 24 e 25.

O art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, como corolário do princípio da obrigatoriedade da licitação, pretende a responsabilização penal do administrador que se nega a cumprir esse mandamento constitucional e legal. Em que pesem os respeitáveis posicionamentos em contrário, a redação de hialina clareza do artigo permite uma interpretação objetiva a respeito da vontade do legislador. Pretende a lei punir não apenas o administrador que causa dano ao erário com a dispensa/inexigibilidade da licitação, mas sim, todo aquele agente público que, com seu ato doloso, deixa de obedecer a esses *princípios* básicos de impessoalidade, isonomia e moralidade no trato da coisa pública. E aqui, o dolo inserido no tipo reside tão-somente na vontade de dispensar/inexigir indevidamente a licitação, não havendo necessidade de dolo específico.

Aliás, o silêncio do legislador, quanto ao prejuízo ao erário e ao dolo específico, é sintomático. O ato do agente que causa dano ao patrimônio público com a dispensa/inexigibilidade indevida de licitação é, evidentemente reprovável. Mas não menos dotado de reprovabilidade é o ato do administrador que deixa de realizar a licitação para beneficiar indevidamente um apaniguado seu, com a contratação direta.

Nesse caso, mesmo se não houver sobrevalorização de preço, o que configuraria o dano efetivo ao erário, resta evidente a imoralidade do agente, ao eleger, baseado apenas em critérios subjetivos de afinidade pessoal, determinada pessoa para ser agraciada com a contratação pelo Poder Público.

Há também casos em que o administrador não pretende prejudicar o erário pagando preço superfaturado, nem mesmo deseja beneficiar indevidamente um apaniguado. Mesmo assim, o gestor se nega a cumprir a legislação que impõe a realização de certame licitatório, seja por capricho, seja por comodidade ou conveniência pessoal, optando por contratar seus fornecedores diretamente, sem prévia licitação, mesmo ciente de que a lei impõe tal formalidade. Aqui também é manifestamente reprovável a conduta do administrador, porquanto, mesmo sabendo que está descumprindo a lei, prefere ele administrar a coisa pública como se sua fosse, elegendo pessoalmente seus contratados, sem qualquer critério objetivo (no mais das vezes, sem sequer efetuar cotação prévia de preços) e sem a mínima formalidade para a dispensa/inexigibilidade de licitação.

Em todos os casos acima enumerados, a nosso ver, está configurado o crime do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, já que o delito se exaure com a prática de dispensar/inexigir indevidamente licitação. Não é por outro motivo, aliás, que em excelente acórdão da lavra do Des. Gaspar Marques Batista, recentemente a 4ª Câmara Criminal do TJRS, assim se manifestou<sup>24</sup>:

*“(...) O crime do art. 89 da Lei 8.666 é de mera conduta, consumando-se com a omissão em não licitar, nos casos que estão fora das hipóteses dos arts. 24 e 25 do mesmo diploma legislativo. Ao contrário do que diz Marçal Justen Filho, desnecessário que a conduta do agente esteja impregnada do*

---

<sup>24</sup> Processo-Crime nº 70009425844, 4ª Câmara Criminal TJRS, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 03/04/2008.

*dolo específico de causar prejuízo ao ente público. Fosse necessária a intenção de causar prejuízo ao erário, beneficiando alguém, o crime de contratar sem licitar, confundir-se-ia com o peculato, delito que já tem tipicidade própria e admite tentativa, art. 312 do Código Penal, ou em se tratando de Prefeitos, art. 1º, inc. I, do Decreto Lei nº 201.*

*Assim, no crime do citado art. 89, é bastante o dolo de omitir deliberadamente a licitação, seja por capricho do agente da administração pública, seja por aversão à burocracia, seja para poder contratar por preço que beneficie alguém ou ao próprio administrador. Pode ser benefício moral ou econômico*<sup>25</sup>.

## 5. Conclusão.

Portanto, nossa posição, diante do dissenso doutrinário e jurisprudencial posto em tela, é de que independentemente da ocorrência de resultado naturalístico (prejuízo efetivo ao erário), o delito do art. 89, *caput*, da Lei 8666/93, se perfectibiliza com o ato de dispensar/inexigir indevidamente certame licitatório, em se tratando de crime de mera conduta. Da mesma forma, entende-se desnecessária a existência de dolo específico, visto que basta, para a ocorrência da infração penal, a intenção do administrador (dolo genérico) de dispensar/inexigir a licitação, ciente de que deveria licitar, optando por contratar de forma direta, sem critérios objetivos que justifiquem a escolha do contratado e o preço pago.

---

<sup>25</sup> Grifo inexistente no original.