

LEI 8.666/93: UMA ANÁLISE DO ART. 89 E A DIVERGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Marcos Felipe da Silva¹

Francisco Dion Cleberson Alexandre²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. 2.1 O PROCEDIMENTO FORMAL. 3 O TIPO PENAL E AS CONDUTAS DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. 3.1 CRIME FORMAL X MATERIAL E A NECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Esta pesquisa tem por objetivo analisar o art. 89 da Lei nº. 8.666/93, conhecida como a Lei de Licitações, que estabelece normas gerais sobre as licitações e os contratos administrativos trazendo considerações iniciais sobre a necessidade da realização de licitação e também alguns de seus princípios norteadores. Evidenciando as hipóteses que a licitação é dispensada, dispensável e inexigível e o devido procedimento formal que deve ser adotado, com a finalidade de evidenciar o que é punido pelo art. 89 da Lei 8.666/93. Também, realizando-se a análise penal do art. 89 da Lei 8.666/03 e conceitos essenciais a tipicidade da conduta como o dolo e o dano. Sendo apresentado as divergências existentes nos tribunais superiores sobre a temática. Trata-se, portanto, de pesquisa de abordagem explicativa, histórico-dialético e de cunho bibliográfico.

Palavras-chave: Crime da lei 8.666/93. Divergência. Tipificação do crime. Dolo. Direito administrativo.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em pauta possui como tema central a análise do art. 89 da Lei nº. 8666/93, e o entendimento dos tribunais superiores, existindo inclusive divergências entre os mesmos. O delito em discussão, está tipificado no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, da seguinte forma:

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

Apesar de parecer simples, o delito é de grande discussão jurisprudencial.

¹ Aluno do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: marcosfelipemondai@gmail.com.

² Mestre em Direitos Humanos pela UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco - RJ - (2010); Graduado em Direito pela UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2008); Professor de Direito UCEFF - Itapiranga/SC. Professor em cursos de Pós-Graduação e MBA; Servidor do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO; E-mail: fdion@trt4.jus.br.

Logo, justifica-se o estudo aprofundado sobre o tema, haja vista, a extrema importância desse instituto jurídico, que visa resguardar o devido processo legal no que tange as licitações públicas, especificamente nas situações de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Porém, antes de se aprofundar no objeto principal desse artigo, é importante fazer algumas considerações iniciais sobre as licitações públicas e a lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Primeiramente, é imprescindível ressaltar, que a necessidade da realização da licitação pública está prevista no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que veio a ser regulamentada anos mais tarde pela conhecida lei 8.666/93, que instituiu uma série de normas para as licitações e contratos.

A lei de licitação, assim chamada a lei 8.666/93, define diversos princípios em seu art. 3º e que são correlatos a outros, conforme as doutrinas administrativas, e que basicamente servem de fundamentos para interpretar a legislação, o procedimento licitatório e fazer com que a licitação pública alcance seus objetivos, quais sejam, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional e sustentável, além de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia.

Assim, a licitação se torna um meio essencial e necessário para atender e viabilizar as necessidades do Estado, já que é através dela que o Estado vem a realizar as contratações públicas fundamentais para o desenvolvimento de suas atividades e da sua atuação indispensável perante a sociedade, de forma eficiente e isonômica.

Contudo, para garantir a isonomia e eficiência da licitação, ela deve seguir o Devido Processo Licitatório, que é embasado no princípio da legalidade e na legitimidade do processo, de acordo com as normas que regem a licitação.

Dessa forma, visando resguardar o Devido Processo Licitatório, proteger o princípio do procedimento formal, coibir as extrapolações às regras da lei de licitações e objetivando ainda reprimir condutas que ferem outros princípios da licitação pública, a lei 8.666/93 estabeleceu uma série de crimes e penas relacionadas às transgressões aos seus dispositivos, e a primeira delas, em seu art. 89, pune a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou a não observação das formalidades legais pertinentes à dispensa ou à

inexigibilidade, que serão esmiuçadas em seguida.

Ademais, o foco deste estudo é analisar a forma que estes crimes são interpretados e julgados nas cortes superiores brasileiras, compreendendo os elementos do crime e grandes discussões e posições antagônicas dos tribunais que envolvem o tipo penal.

2 A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Como visto inicialmente a necessidade de licitação é preceituada pela Constituição Federal de 1988, entretanto, a Lei 8.666/93, nos seus artigos 17, 24 e 25, traz as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, que mesmo sendo procedimentos em que há a ausência da licitação, essa liberdade não isenta o administrador de observar o devido procedimento legal e seus atos para a formalização da contratação.

A hipótese de dispensa de licitação descrita no art. 17 da lei 8.666/93, trata-se de licitação dispensada e está intimamente ligada a alienação de bens públicos, doação, permuta e etc. Sendo que a própria lei rejeita a realização do procedimento licitatório, e a licitação dispensada não precisa das formalidades exigidas no caso de licitação dispensável em quase sua totalidade, mas ainda sim, conta com regulamentação das situações que necessitam, contidas no próprio art. 17, em seus §§ 2º e 4º.

Já a dispensa de licitação elencada no Art. 24, trata-se de situação dispensável, e tem inúmeras hipóteses e que segundo Maria Silvia Di Pietro³, são divididas em 4 categorias: em razão do pequeno valor, em razão de situações excepcionais, em razão do objeto e em razão da pessoa, ou seja, são hipóteses que tornam possível a dispensa e desobrigam o administrador público a realizar o certame licitatório, ainda que o mesmo pudesse ser feito, com isso, o órgão tem a faculdade da realização ou não da licitação, muitas vezes optando pela não realização em razão da urgência e a onerosidade de todo um procedimento licitatório.

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31º Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Por outro lado, a inexigibilidade de licitação, tem como a sua principal característica a impossibilidade de competição entre fornecedores, dessa forma, a licitação se torna impossível, conforme o Art. 25 da Lei 8.666/93:

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

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

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

III - para contratação de **profissional de qualquer setor artístico**, diretamente ou através de empresário exclusivo, **desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública**. (grifos acrescentados).

Ainda sobre o assunto, Di Pietro aduz:

Embora não prevista expressamente no artigo 25 da Lei, constitui hipótese de inexigibilidade de licitação o **credenciamento**, que se configura como procedimento prévio à contratação quando haja pluralidade de interessados em prestar o serviço ou fornecer o bem; é hipótese de inexigibilidade, porque, havendo possibilidade de contratação de todos os interessados, **a competição torna-se inviável**. (Pietro, 2018, p. 495) (grifos acrescentados).

Vistas as características de dispensa e inexigibilidade de licitação, é possível inferir que essas duas exceções à regra tem hipóteses definidas para tal dispensa ou inexigibilidade, e uma das condutas que a lei de licitações criminaliza, descrita no Art. 89 da Lei 8.666/93, é justamente a dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses previstas em lei, visto que princípios norteadores importantes devem ser protegidos, como os da legalidade, competitividade, moralidade e isonomia, evitando-se desvios de poder e abusos.

2.1 O PROCEDIMENTO FORMAL

Vislumbrou-se que a dispensa e a inexigibilidade de licitação são hipóteses em que o procedimento licitatório restará afastado, entretanto, apesar, de existir uma maior flexibilização nesses casos, a Administração Pública deve continuar atuando dentro dos ditames legais e da moralidade administrativa. Como pontua Marçal Justen Filho⁴:

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. “Ausência de licitação” **não significa desnecessidade de observar formalidades prévias** (tais como a verificação da necessidade e conveniência da contratação, a disponibilidade de recursos, etc). Devem ser observados os **princípios fundamentais da atividade administrativa**, buscando selecionar a melhor contratação possível, **segundo os princípios da licitação**. (grifo acrescidos).

Ou seja, a atuação administrativa nesses casos, não poderá ser livre, o administrador deverá seguir um procedimento e atos administrativos específicos para resguardar princípios basilares da administração pública e da licitação, e de forma não contrária a isso, a Lei 8.666/93 traz em seu art. 26 uma série de obrigações que se aplicam em casos de dispensa e inexigibilidade, como se pode observar:

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

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

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 387.

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998). (grifos acrescentados).

Além disso, é comum os órgãos de controle externo, como o Ministério Público e Tribunais de Contas, bem como, departamentos de controle interno dos próprios municípios, disponibilizarem cartilhas, instruções e check-lists para orientar os gestores sobre o devido procedimento que mesmo as dispensas e inexigibilidades devem ter, servindo como verdadeiros manuais⁵.

Dessa forma, é possível concluir que a conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/93, “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação” é importantíssima com a finalidade de resguardar bens jurídicos tutelados essenciais, sendo necessário, por exemplo, nas compras diretas realizadas com fulcro nos incisos I e II, do art. 24 da lei de licitações haver entre outros requisitos, a justificativa do preço e escolha de fornecedor, já que a administração não pode simplesmente deixar de lado os princípios da economicidade, da impessoalidade e probidade e contratar com quem bem entender ou contratar serviços/produtos desnecessários, causando possíveis prejuízos ao erário e favorecimento pessoal e/ou ao contratado.

3 O TIPO PENAL E AS CONDUTAS DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93

É indubitável que a grande polêmica e a divergência entre os tribunais superiores se dá em relação ao elemento dolo e o efetivo prejuízo ao erário no crime tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93, entretanto, antes de entrar no exame concernente aos entendimentos sobre estes elementos, é importante destacar e esclarecer que a conduta penal é autônoma em relação às condutas

⁵ Exemplos disponíveis no site do MPSC e TCE/SC: <<https://bit.ly/30LXALF>> – Acesso em 29. Set. 2020

administrativas⁶, dessa forma, o crime se tipifica quando são configurados os elementos da norma, não importando, por exemplo, uma dispensa irregular ter sido anulada posteriormente.

Da análise aprofundada do art. 89, pode-se observar que se trata de um tipo penal misto alternativo, sendo suficiente para a caracterização do crime apenas uma das condutas definidas pelos verbos nucleares, quais sejam, “dispensar”, “inexigir” e “deixar de observar”⁷, dessa forma, estamos falando de um crime comissivo que exige um comportamento ativo no que se refere as duas primeiras condutas - dispensar e inexigir - fora das hipóteses previstas em lei, por outro lado, a conduta de deixar de observar, trata-se de uma conduta omissiva, já que basta para a configuração a inobservância, não tomar qualquer medida no que se refere as formalidade exigidas, sendo norma penal em branco, já que as formalidades de que necessita, estão elencadas no art. 26 da mesma lei.

3.1 CRIME FORMAL X CRIME MATERIAL E A NECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E O EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIOO

O crime descrito no art. 89 da lei 8.666/93, tem como uma das divergências a sua própria natureza, não havendo pacificação se é um crime formal, portanto de mera conduta ou material, sendo o resultado do crime irrelevante para alguns doutrinadores e relevante para outros, existindo a mesma divergência nos tribunais. Se apresentado ainda, como citado anteriormente, como uma área de divergência acerca da consumação do art. 89 da Lei 8.666/93, o elemento dolo, por existirem posições contrárias acerca da necessidade de um resultado naturalístico, também já existiram diversas posições contrárias em entendimentos dos tribunais e também dos doutrinadores sobre o dolo e o dano ao erário, dada a relevância da questão, há a necessidade de se distinguir dois tipos de dolo, Guilherme de Souza Nucci⁸, assim o fez “[..] dolo genérico, que seria a vontade de praticar a conduta típica, sem

⁶ José dos Santos Carvalho Filho. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 370

⁷ NUNES, Sandro Luiz. Licitações e contratos. Florianópolis: Sandro Luiz Nunes, 2012, p. 261

⁸ Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 305.

qualquer finalidade especial, e o dolo específico, que seria a mesma vontade, embora adicionada de uma especial finalidade”.

Especificamente acerca do crime descrito no art. 89 da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho⁹, pontua sobre o dolo:

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

Com isso, Marçal ensina que não se trata de um crime formal, mas material. Os tribunais, entretanto, apresentam divergências acerca deste entendimento, da análise da jurisprudência do STJ, tem-se:

Decisão do ano de 2010 – Sexta turma do STJ:
HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89, DA LEI Nº 8.666/93. COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE.
1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 **é de mera conduta**, não havendo a exigência, para sua caracterização, **da comprovação do dolo específico de fraudar o erário** ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes.
2. Na hipótese, o paciente, no exercício do cargo de Vice-Prefeito, teria firmado, verbalmente, contrato com empresa de terraplanagem, sem a prévia realização de licitação.
3. De se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial.
4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também através de revisão criminal. Chegar-se a conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita.
5. Ordem denegada. (grifos acrescidos) ¹⁰

Entretanto, principalmente a partir da Ação Penal nº 480MG da corte

⁹ Justen Filho, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1034

¹⁰ STJ. HC 171.152/SP 2010/0079761-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 21/09/2010. SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2010.

especial¹¹, o STJ consolidou seu entendimento optando pela necessidade de dolo específico para configuração do crime elencado no art. 89 da lei 8.666/93 e o efetivo prejuízo, dessa forma, tratando-se de crime material, da análise das decisões, cita-se:

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

A jurisprudência do STF, apesar de em anos anteriores ter apresentado divergências acerca da necessidade do dolo específico, parece estar se consolidando no mesmo entendimento do STJ, ao menos em relação ao dolo específico, ainda existindo divergência acerca da necessidade do efetivo prejuízo ao erário, tem-se os seguintes precedentes:

¹²[...] 4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, **prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público**, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia

¹¹ STJ - APn 480/MG, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/06/2012, RSTJ vol. 227, p. 19.

¹² STF – AP 971/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe n. 217, divulgado em 10/10/2016.

[...](AP 971, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016).

O ministro Edson Fachin, relator da ação penal supracitada¹³, usou das palavras do célebre, César Roberto Bitencourt (2012):

“Enfim, bem jurídico tutelado, especificamente, no art. 89 é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das contratações públicas que são ofendidas com as condutas descritas no art. 89. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, **proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial.**” (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 132). (grifos acrescentados).

Destarte, fundamentando que a economicidade seria apenas um, dentre diversos outros bens jurídicos tutelados que o art. 89 busca assegurar, não se tratando da proteção apenas do patrimônio público. Este também é o entendimento da 1ª Turma, inclusive estando no informativo nº 856 do STF¹⁴ que versa sobre o assunto e estabeleceu 3 importantes critérios para ser possível concluir que o ilícito administrativo também configura o crime tipificado no art. 89 da lei 8.666/93: 1º) existência ou não de parecer jurídico autorizando a dispensa ou a inexigibilidade. A existência de parecer jurídico é um indicativo da ausência de dolo do agente, salvo se houver circunstâncias que demonstrem o contrário. 2º) a denúncia deverá indicar a existência de especial finalidade do agente de lesar o erário ou de promover enriquecimento ilícito. 3º) a denúncia deverá descrever o vínculo subjetivo entre os agentes. Mas reiterando a posição que se trata de crime formal, independentemente da prova do resultado danoso.

Cabe destacar ainda que no julgamento relativo ao informativo supramencionado, o iminente Ministro Marco Aurélio foi vencido, já que para ele, não há a necessidade do especial fim de agir, e corroborou com os demais ministros sobre a desnecessidade de dano ao erário.

¹³ Disponível em: <<https://bit.ly/2Gtb48j>>.

¹⁴ STF. 1ª Turma. Inq 3674/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856). Disponível em: <<https://bit.ly/3ntN0CC>>. Acesso em 06/10/2020.

Com o mesmo entendimento foi decidido a AP 580¹⁵ de relatoria da Ministra Rosa Weber, como se observa da ementa:

[...] 2. O delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige, além do dolo genérico – representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais -, a configuração do especial fim de agir, consistente no dolo específico de causar dano ao erário. **Desnecessário o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública** [...]. (grifos acrescidos).

Contudo, o entendimento da 2ª Turma é diverso, sendo necessário o prejuízo ao erário. O entendimento pode ser exemplificado através da argumentação do Ministro Gilmar Mendes¹⁶, *in verbis*:

[...] para configuração da tipicidade material do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93, **são necessários elementos adicionais**. A jurisprudência interpreta o dispositivo no sentido de **exigir o prejuízo ao erário** e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica” (grifos acrescidos).

Desta maneira, a 2ª Turma do STF tem o entendimento que além do dolo específico, de agir com a intenção específica de lesar o erário ou obter vantagem ilícita, deve haver o efetivo prejuízo ao erário, tratando-se de crime material.

5 CONCLUSÃO

Em face do exposto, verifica-se que existe divergência em relação a necessidade de comprovação de dano ao erário, tendo a 1ª Turma do STF entendimento que não há a necessidade da comprovação do efetivo dano ao erário, tratando-se de crime formal, enquanto, a 2ª Turma do STF e também o STJ com entendimento consolidado, no sentido de que precisa haver a comprovação do resultado danoso aos cofres públicos.

De outro modo, quanto a necessidade de dolo específico, com o intento de obter vantagem indevida e/ou lesar o erário, é tema pacificado tanto pelo STF

¹⁵ AP 580, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 23-06-2017 PUBLIC 26-06-2017.

¹⁶ AP 683, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2017 PUBLIC 06-03-2017.

quanto pelo STJ, depois de anos de divergência, tendo os tribunais acatado a necessidade. Cabe destacar, que tanto a necessidade de prejuízo ao erário como o especial fim de agir são alvos de debate e discordância entre os doutrinadores e também magistrados das instâncias inferiores.

Diante dessa dissonância existente e a mudança de entendimento dos tribunais, não me parece razoável que o delito descrito no art. 89 da lei 8.666/93, deva resguardar unicamente o bem jurídico, patrimônio público, sendo sim, o prejuízo material de grande importância, mas não deve servir de conjectura essencial para a condenação dos agentes. O delito é alvo de grande debate e a licitação e a administração em si possuem bem jurídicos tutelados importantíssimos, tais como, a legalidade, a impessoalidade, o direito dos licitantes de existir o devido processo legal, que se não observados aniquilam a própria moralidade administrativa.

Os órgãos de controle atuam arduamente no sentido de auxiliar os gestores públicos com informações corretas e os procedimentos a serem seguidos, de forma preventiva, além do grande debate já existente e tantos julgados, e continua sendo comum, a existência de crimes da lei de licitações, e que muitas vezes é difícil para o órgão acusador comprovar o dolo específico necessário no entendimento dos tribunais superiores, sendo recorrente as alegações por parte de gestores de desconhecimento normativos e regulamentares ou mesmo pareceres jurídicos que segundo decisões já proferidas, acabam afastando o dolo, restando muitas vezes impunes, e é justamente este conhecimento da impunidade existente, que leva os administradores de forma fugaz, não observar os ditames e formalidades estabelecidas na lei, para assim beneficiar correligionários políticos, esquivando-se de qualquer princípio da impessoalidade e igualdade.

Certo é, que não pode acontecer, a reiterada impunidade de atos praticados contra a administração pública, que violam princípios norteadores e constitucionais, sendo evidentes a ausência de boa-fé, do dever de honestidade, imparcialidade e da legalidade do agente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://bit.ly/2K5b6kV>>. Acesso em 27 set. 2020.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União: Poder Executivo. Disponível em: <<https://bit.ly/30JrLTR>>. Acesso em: 27 set.2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

CASTRO, Armando Cesar Marques de. Considerações sobre o crime de dispensa indevida de licitação à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, p. 177-192, jan. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2SDjxZ2>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O crime do art. 89 da Lei 8.666/93 exige dano ao erário?** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://bit.ly/3jlbTs6>>. Acesso em: 29 set. 2020

CHEQUER, Cláudio. **O artigo 89 da Lei de Licitações e sua correta interpretação**. Disponível em: <<https://bit.ly/30L01hl>>. Acesso em: 29 set. 2020.

HAABEN, Márlon Augusto Kurt Nemetz. **OS CRIMES DA LEI 8.666/93 E AS SUAS PRÁTICAS DE PREVENÇÃO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TRANSPARÊNCIA, TRIBUNAL DE CONTAS, CONTROLE POPULAR E ACORDO DE LENIÊNCIA**. 2018. 75 f. Monografia - Curso de Direito, Universidade de Direito de Curitiba, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3lCKzfB>>. Acesso em: 06 out. 2020.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LINHARES, Raul Marques. **STF e STJ divergem a respeito do crime de dispensa ilegal de licitação**. 2017. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://bit.ly/34zVShz>>. Acesso em: 06 out. 2020.

MENDES JÚNIOR, José Francisco Seabra. **Desnecessidade de efetivo prejuízo ao erário e dolo específico para configuração do crime do art. 89, caput, da Lei 8.666/93**. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2Fa6paq>>. Acesso em: 07.out.2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Sandro Luiz. **Comentários sobre Licitações e Contratos**: aspectos administrativos e penais. Florianópolis: Edição do Autor, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/33HGOz8>>. Acesso em: 28 set. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Bruno Batista da. **O crime do artigo 89 da Lei de Licitação e a divergência existente nos tribunais superiores**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5143, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3ns4xLz>>. Acesso em: 6 out. 2020.