

Considerações sobre o crime de dispensa indevida de licitação à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Armando Cesar Marques de Castro

Procurador da República. Ex-Defensor Público do Estado de São Paulo.

Resumo: O crime de dispensa indevida de licitação previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 é tratado cotidianamente no trabalho dos procuradores da República com atuação perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Discute-se, em síntese, se é necessária a demonstração de dolo específico (a intenção de causar prejuízo ao erário com a dispensa da licitação), ou se basta o dolo genérico, e se é necessária a comprovação de dano ao erário para a consumação do crime. O tema é analisado à luz da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores, buscando sintetizar o atual estágio do conhecimento em relação a esse crime e estabelecer parâmetros para a atuação do membro do Ministério Público Federal.

Palavras-chave: Dispensa indevida de licitação. Dolo específico. Prejuízo ao erário. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The crime of undue dispensation of public biddings is part of the daily work of the Federal Prosecutors acting in the affairs of the 5th Coordination and Review Chamber. In summary, it is discussed whether it is necessary to demonstrate specific malice (the intention to cause damage to the treasury with the waiver of the public bidding) or whether the generic malice is sufficient to characterize the crime and whether it is necessary to prove damage to the treasury for the consummation of the crime. This issue is analyzed in the views of the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, seeking to synthesize the current stage of knowledge and to establish parameters for the performance of the Federal Prosecutors.

Keywords: Undue dispensation of public biddings. Specific malice. Loss to the treasury. Superior Court of Justice. Federal Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução. 2 O dolo no crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Exigência de fim específico. 3 Da necessidade de comprovação do prejuízo ao erário. 4 Conclusão.

1 Introdução

O crime de dispensa indevida de licitação previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 é um dos delitos que são tratados mais cotidianamente na atuação de procuradores da República com atribuição perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, mormente em procuradorias da República nos municípios. Verifica-se com frequência a ocorrência de dispensas indevidas de licitação, muitas vezes evidenciadas por meio dos diversos relatórios de auditoria realizados pelos órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas da União, tribunais de contas dos Estados e Ministério da Transparência.

O delito em testilha é tipificado no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993:

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.

Em leitura preliminar, apenas a dispensa ou a inexigência de licitação fora das hipóteses previstas nos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/1993, ou mesmo a mera inobservância das formalidades previstas no dispositivo legal, já caracterizariam o crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993.

Contudo, os requisitos para a consumação do crime são objeto de celeuma jurisprudencial, com posições divergentes tanto na doutrina quanto nos tribunais superiores. Sem embargo de outras discussões existentes sobre os crimes de licitação, cumpre tratar,

em síntese, de dois pontos com maior importância no cotidiano do membro do Ministério Público: a) se é necessária a comprovação de dolo específico (intenção de causar prejuízo ao erário) ou apenas o dolo genérico (de dispensar a licitação ou não observar as formalidades pertinentes); e b) se a consumação do crime ocorre apenas com a dispensa indevida da licitação ou com a inobservância das formalidades ou se seria necessária a comprovação do dano ao erário.

A depender do posicionamento adotado, os juízos acerca da viabilidade de diversas ações penais podem ser modificados, com importantes reflexos na fase investigatória e na propositura de ações penais por parte dos membros do Ministério Público Federal.

Portanto, busca-se no presente artigo analisar o crime de dispensa indevida de licitação à luz da doutrina e dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, fornecendo respostas aos questionamentos supracitados.

2 O dolo no crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Exigência de fim específico

A previsão do crime de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade é uma das principais normas destinadas a garantir a observância do regular procedimento licitatório na administração pública.

Conforme teor do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, os objetivos da licitação são “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável”.

São esses, portanto, os bens jurídicos que buscam ser protegidos com a figura típica do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Na dicção de Bittencourt (2012, p. 119):

Enfim, bem jurídico tutelado, especificamente, no art. 89 é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, inte-

gridade 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.

A primeira premissa que deve ser assentada, a teor do que dispõe o art. 18, II, do Código Penal, é que se trata de crime doloso, não sendo admitida a punição a título de culpa.

Não busca o preceito incriminador, portanto, punir o administrador que age com imprudência, negligência ou imperícia, mas sim aquele que dolosamente burla as normas previstas na Lei de Licitações. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Bittencourt (2012, p. 142):

O elemento subjetivo das condutas descritas neste art. 89 da Lei de Licitações é o dolo, constituído pela consciência e a vontade de realização das condutas descritas, quais sejam, dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Em outros termos, qualquer das três condutas deve ser praticada voluntariamente consciente pelo sujeito ativo, isto é, conhecendo todos os elementos constitutivos do tipo penal.

Para Leandro Paulsen (2017, p. 163), admite-se a figura do dolo eventual para o aperfeiçoamento do crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993:

Assim, exige-se a ação deliberada de dispensar ou inexigir, ou de deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade quando o agente sabe que deveria agir de modo diverso e, ainda assim, decide agir em desconformidade com a lei ou, ao menos, faz pouco caso da exigência de licitação, incorrendo em dolo eventual.

Esse entendimento é encontrado também na lição de Vicente Greco Filho (2007, p. 63).

As controvérsias mais intensas surgem em relação à necessidade de comprovação de dolo específico – a intenção de causar

prejuízo ao erário – para que haja a configuração do crime de dispensa indevida de licitação.

Para Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 848) não há necessidade de comprovação de elemento subjetivo específico, bastando a prova do dolo. Baltazar Júnior também segue essa posição, aduzindo que não há respaldo legal para a exigência de especial fim de agir (2014, p. 906).

O entendimento é compartilhado por Bittencourt, que afirma: “não se vislumbra nas elementares objetivas e subjetivas constantes do *caput* do art. 89 a exigência do denominado elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto” (2012, p. 145). Para Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 20), o dolo é sempre genérico.

Em sentido contrário posiciona-se Marçal Justen Filho (2014, p. 1168-1169):

O crime não se perfaz pela pura e simples contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação. O ponto essencial é a dispensa ou inexigibilidade praticadas intencionalmente visando frustrar a exigência de competição. Ora, isso significa que o crime somente se aperfeiçoa quando o agente tinha consciência clara e precisa da irregularidade perante o direito administrativo. Se o agente adotou interpretação razoável para as normas que disciplinam a contratação direta, poderá ter ocorrido ato viciado – mas não houve crime. E não se aperfeiçoou o crime precisamente pela ausência do elemento subjetivo específico.

Verifica-se, portanto, que a maior parte da doutrina se posiciona no sentido de ser suficiente para a caracterização do crime o dolo genérico, existindo autores que admitem inclusive a figura do dolo eventual.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal vinha exigindo a demonstração do dolo específico, conforme precedente do inquérito 2.616¹:

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.616. Rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014, publicado 29 ago. 2014.

Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. *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 da licitação.* 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, *DJE* de 7.5.10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente. [Grifos nossos].

O entendimento é acompanhado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reputa imprescindível a demonstração do elemento subjetivo específico, como se extrai do Agravo no Recurso Especial n. 1582669².

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no recurso especial n. 1582669/MG. Rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2.3.2017, publicado em 7 abr. 2017.

Ressalte-se que existem precedentes do Supremo Tribunal Federal que exigem a demonstração do dolo específico já na denúncia, ainda que de forma indiciária, como se verifica da análise do inteiro teor do Inquérito n. 2.688/SP³. O entendimento traz maiores ônus ao órgão de persecução penal no controle da fase investigatória e na elaboração da acusação.

A posição é acolhida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do HC n. 377.453/RJ⁴ determinou o trancamento de ação penal por ausência de demonstração na denúncia de atos ou circunstâncias concretas que denotassem a intenção dos agentes em elidir o procedimento licitatório em prejuízo do erário.

Embora seja a posição ainda prevalecente nos tribunais superiores, a posição não é encampada pela maior parte da doutrina, como já mencionado. Ademais, o entendimento não pode ser adotado em todos os casos. A demonstração dos elementos subjetivos é matéria sempre de difícil comprovação, por impor a necessidade de demonstração da vontade psíquica do agente no mundo material. Como assevera Fernando Andrade (2016, p. 538), não se pode impor à busca dos elementos subjetivos o mesmo rigor da elucidação da materialidade.

Há situações específicas, portanto, em que se deve dispensar a exigência de comprovação de dolo específico. É que existem casos em que o administrador se afasta definitivamente de qualquer juízo de legalidade na realização de suas condutas. Em outros casos verificam-se hipóteses em que o administrador simplesmente desconsidera a regra constitucional de exigência de licitação. Essas circunstâncias devem ser sopesadas sempre em atenção ao caso concreto e às distintas realidades locais.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.688. Rel. min. Cármen Lúcia, relator para acórdão: min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 2.12.2014, publicado em 12 fev. 2015.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 377.453/RJ. Rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28.3.2017, publicado em 5 abr. 2017.

Esse entendimento pode ser extraído da análise de excerto do voto do ministro Edson Fachin na Ação Penal n. 971⁵, que reputa necessária a demonstração do dolo específico, salvo em hipóteses de ilegalidades evidentes ou onde não surjam dúvidas razoáveis acerca da dispensa ou inexigibilidade:

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios. *Nem sempre o Direito oferece uma solução unívoca a intrincadas questões que se apresentam no dia a dia do administrador público.* Pode-se dizer que, por vezes, não há sequer uma única solução jurídica aceitável para o caso concreto. Exemplos não faltam de situações encontráveis na jurisprudência dos Tribunais que apontam em direções opostas e aguardam por muito tempo uma pacificação. *Ainda assim, dizer que o Direito admite, para um caso concreto, mais de uma solução válida, não significa dizer que qualquer solução é admissível. Situações existem que se afastam de forma mais intensa do que determina a lei e a Constituição.* A jurisprudência cunhou as expressões “decisões judiciais teratológicas” e os denominados “erros grosseiros” na interposição de recursos a indicar justamente as hipóteses em que as soluções pretendidas se afastam em muito da solução jurídica correta. *Nas hipóteses em que as ilegalidades não são evidentes, naquelas onde podem surgir dúvidas razoáveis a respeito da dispensa ou inexigibilidade de licitação, onde o administrador pode se encontrar diante de um dilema de razoável sustentação, de uma controvérsia insoluta, e vem a optar por uma direção que depois acaba por ser pacificamente considerada incorreta, é que se tem adotado o entendimento de que a configuração da tipicidade subjetiva do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 exige vontade dirigida a lesar o erário.* Do contrário, não haveria qualquer distinção entre a infração meramente administrativa, ligada à dispensa ou inexigibilidade praticada fora dos parâmetros legais, e o crime ensejador de pena corporal. [Grifos nossos].

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 971. Rel. min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28.6.2016, publicado em 11 out. 2016.

Não se deve exigir, portanto, a demonstração da vontade dirigida a lesar o erário em todos os casos, mas apenas naqueles em que há uma zona cinzenta na conduta do administrador público em relação à legalidade ou ilegalidade da dispensa. Ou seja, naquelas situações em que um administrador público probo e que adota as cautelas necessárias para tomar uma decisão bem subsidiada poderia, ainda assim, incorrer em erros. Em casos como o de adoção sistemática da dispensa de licitação como forma de contratação ou de outras ilegalidades flagrantes, estaria dispensada, portanto, a comprovação do dolo específico.

É verdade que a Ação Penal n. 971 marca um ponto de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, distanciando o posicionamento da 1ª Turma do Tribunal daquele adotado pela 2ª Turma e pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Não é possível dizer que já exista jurisprudência consolidada formada no sentido acima traçado – e, como já mencionado, as turmas do STJ entendem ser caso de inépcia da denúncia a ausência de descrição do dolo específico.

Resta aguardar qual será a definição da jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da Ação Penal n. 971. Todavia, o posicionamento exarado no voto do ministro Edson Fachin é mais coerente com a natureza do delito e com a necessidade de proteção dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Licitações.

Não seria razoável imputar ao Ministério Público ônus de demonstração do dolo específico – circunstância de comprovação sempre tormentosa – naquelas hipóteses em que salta aos olhos a incorreção da conduta do gestor.

Portanto, no atual estágio jurisprudencial, o Ministério Público deve já na inicial acusatória demonstrar o dolo do agente no sentido de não observar o procedimento licitatório e de causar com tal conduta prejuízo ao erário, ressalvados os casos de ilegalidades flagrantes, em que plenamente evidenciadas a má-fé e a desonestidade do agente público.

O ônus probatório do Ministério Público aumenta, nessa toada, na medida em que se caminha em direção às situações fronteiriças, em que o administrador adote interpretação a princípio razoável e que se mostra, posteriormente, equivocada.

3 Da necessidade de comprovação do prejuízo ao erário

A questão relativa à exigência de demonstração do dano ao erário para a consumação do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 é objeto de intrincadas discussões, tanto em plano doutrinário como em sede jurisprudencial.

Para Baltazar Júnior (2014, p. 906), o crime consuma-se “com o mero ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente de prejuízo para a administração, cuidando-se de crime formal ou de mera conduta e de perigo abstrato”.

Para Leandro Paulsen (2017, p. 162), “tratando-se de crime pluriofensivo, o desrespeito à impessoalidade e à igualdade, por si só, configura ofensa a bem jurídico tutelado pela norma, independentemente da configuração de prejuízo econômico”.

Na dicção de Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 20), “o crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Se este advier, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, § 2º”. É esse também o posicionamento de Vicente Greco Filho (2007, p. 61).

Em sentido contrário posiciona-se Marçal Justen Filho (2014, p. 1172):

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.

Nos tribunais superiores existe tendência no sentido de considerar necessária a comprovação do dano ao erário. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou recentemente o trancamento de ação penal que não descrevia o dano causado ao erário, como se nota da análise do Habeas Corpus n. 343.715/MG⁶:

HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, cumprindo ao *Parquet* imputar não apenas a contratação indevida, mas também o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário. Precedentes. No caso, o órgão ministerial ao apresentar a denúncia, embora tenha registrado que prefeito do município, sem a instauração de procedimento licitatório, teria contratado, com base em parecer elaborado pelo então advogado da municipalidade, serviços de assessoria jurídica de outro profissional da área, deixou de descrever o efetivo prejuízo ao erário decorrente dessa conduta. Não há na peça vestibular nenhuma menção à ocorrência de danos aos cofres públicos decorrentes da dispensa de licitação. Assim, a exordial acusatória não é apta a deflagrar a ação penal em questão. Ordem concedida para reconhecer a inépcia formal da denúncia.

Comunga desse entendimento a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do Habeas Corpus n. 377.453/RJ.

No Supremo Tribunal Federal o posicionamento pacífico da 2^a Turma é no sentido de exigir-se a demonstração do prejuízo ao erário para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, seguindo o precedente construído pelo plenário no

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 343.715/MG. Rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17.11.2016, publicado em 1º dez. 2016.

supracitado Inquérito n. 2.616. Exemplo dessa jurisprudência é o julgamento do Inquérito n. 3.731⁷.

A Primeira Turma, contudo, alterou recentemente seu entendimento, adotando posicionamento diametralmente oposto e a meu ver mais coerente com a natureza do crime. Mais uma vez, o julgado de referência é o da Ação Penal n. 971, de relatoria do ministro Edson Fachin.

Na análise do inteiro teor do julgado verifica-se a adoção do entendimento de que o bem jurídico protegido pelo crime em questão relaciona-se *com todos os preceitos do art. 37, XXI, da Constituição da República, e não apenas com a tutela do patrimônio público*. Confira-se, a propósito, elucidativo trecho do voto:

A economicidade da proposta, por certo, é elemento importante, pois resguarda o patrimônio público. Entretanto, a razão da exigência de licitação, porque expressamente declarado pela Constituição da República, é oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o Poder Público. Não é por outra razão que o precitado art. 37, XXI, da CR/88 ressalta que obras, serviços, compras e alienações em geral serão contratados, ênfase, mediante “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. *Não se permite, numa República, que o administrador escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração*. A todos deve ser dado, em igualdade de condições, concorrer para fornecer bens e serviços à Administração Pública. Insustentáveis, portanto, afirmações no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 não se configura se não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público. Uma tal concepção reduz as razões, constitucionalmente assentadas, dos motivos pelos quais se exige licitação pública. Sendo o resguardo à economicidade da proposta apenas um dentre os vários objetivos tutelados pelo legislador ao tipificar a dispensa e inexigibilidade irregulares à categoria de crime no art. 89 da Lei 8.666/93, mesmo quando reste provado que não teria o

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.731. Rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 2.2.2016, publicado em 2 mar. 2016.

Poder Público obtido proposta mais favorável do que a contratada de forma irregularmente direta, ainda assim os fins constitucionais buscados pela exigência de licitação (art. 37, XXI, da CF) estariam vulnerados. Portanto, não se acolhe a tese segundo a qual, para se configurar o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é necessário comprovar prejuízo econômico ao erário. *Não há essa exigência na redação do art. 89 da Lei 8.666/93 e os entendimentos nesse sentido, com a devida vênia, desconsideram que a Constituição elegeu a licitação como instrumento prévio à contratação pelo Poder Público visando a proteção de interesses que vão além da proteção ao patrimônio público.* [Grifos nossos].

Ressalte-se que, além de buscar tutelar o patrimônio público e de prestigiar o princípio constitucional da isonomia, a exigência de licitação é também importante instrumento para a intervenção do Estado na economia, buscando perseguir fins constitucionalmente legítimos. É o que se entende por função regulatória da licitação, que, na dicção de Luciano Ferraz (2009, p. 27):

Podem ser utilizadas como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade.

Confira-se, ainda, a posição de Rafael Oliveira (2014, p. 349):

O procedimento administrativo licitatório tem por objetivo a seleção, *dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes*, da proposta mais vantajosa para a Administração Pública que não se funda exclusivamente em critérios econômicos, mas também em *outros fatores que devem ser ponderados pela Administração Pública*, tais como o desenvolvimento nacional sustentável, a promoção da defesa do meio ambiente (licitações verdes ou sustentáveis), a inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho, o fomento à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, entre outras finalidades extraeconômicas. [Grifos nossos].

A dispensa indevida de licitação produz, portanto, danos reflexos no sentido de violar a isonomia, impedindo a formação de

mercado com efetiva concorrência. Sem embargo, tolhe também a possibilidade de atuação do Estado para perseguir finalidades constitucionalmente legítimas por meio do procedimento licitatório.

Ressalte-se, por oportuno, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) prevê em seu artigo 9º, “1”, a obrigação de adotar sistemas apropriados de contratação pública baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões.

Nota-se portanto que o posicionamento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal alberga de maneira mais coerente a pluralidade de bens jurídicos que se busca proteger com o art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e se coaduna com o regramento constitucional de proteção à transparência, isonomia e adequada gestão da coisa pública.

4 Conclusão

Pelo exposto, verifica-se a pacificação da jurisprudência em relação à exigência de demonstração do dolo específico (a intenção de causar prejuízo ao erário ou obtenção de vantagem ilícita) para a caracterização do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, apesar de maioria doutrinária em sentido contrário. Na dicção do Superior Tribunal de Justiça, esse requisito deve estar demonstrado – ainda que de forma indiciária – já na própria inicial acusatória. Reputa-se pertinente ressaltar da aplicação desse entendimento aquelas situações de ilegalidade flagrante, em que o administrador se afasta de quaisquer padrões mínimos de probidade e zelo para com a coisa pública, como se extrai do voto do ministro Edson Fachin na Ação Penal n. 971.

Em relação à exigência de demonstração do prejuízo causado ao erário, remanesce ainda controvérsia jurisprudencial em relação ao tema. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em precedente recente, dispensou a necessidade de prova da ocorrência de dano, contrariando a jurisprudência da 2ª Turma do STF e de ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento doutrinário majo-

ritário acompanha o da 1ª Turma do Supremo, no sentido de não ser necessária a ocorrência do dano ao erário para a causação do ilícito.

Nesse diapasão, nota-se que o posicionamento da 1ª Turma do STF a partir da Ação Penal n. 971 promove maior proteção dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.666/1993, atende aos ditames da Convenção de Mérida e garante o emprego da licitação em sua função regulatória, como mais um instrumento à disposição do Estado para a perseguição de finalidades constitucionalmente legítimas.

Referências

ANDRADE, F. R. Máximas de experiência e identificação do elemento subjetivo do agente. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, C. R. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Comentários aos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ, L. A função regulatória da licitação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 72, n. 3, 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/490.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

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

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, G. de S. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, R. C. R. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

PAULSEN, L. *Crimes federais*. São Paulo: SaraivaJur, 2017.