

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**

**André Meira** (Presidente do ISM – Instituto Silvío Meira)

---

## **A (DES) CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI Nº. 8.666/93 PELA JURISPRUDÊNCIA: A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIP**

**JEAN COLBERT DIAS**

Advogado, Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Pós-graduado em Direito Criminal (Penal, Processo Penal e Criminologia) pelo UNICURITIBA.

**ANDERSON FERREIRA**

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-graduado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Associação Catarinense de Ensino – Joinville – SC. Professor. Advogado. E-mail: anderson@diasferreiraadvogados.com.br.

### **RESUMO**

Este resumo traz pesquisa já realizada acerca da opção do legislador por criminalizar, através do artigo 89 da Lei nº. 8.666/93, o crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação, quando o servidor público legitimado a decidir por esse viés contratual, deixa de adotar o procedimento licitatório, quando deveria fazê-lo, ou singelamente deixar de observar as formalidades legais necessárias para não licitar, ou seja, dispensar ou inexigir licitação. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estão enumeradas na própria Lei de Licitações, em seus artigos 24 e 25, que

**Personalidade Acadêmica Homenageada:****André Meira** (Presidente do ISM – Instituto Silvío Meira)

---

complementam o tipo penal disposto no artigo 89, que é denominado pela doutrina de norma penal em branco homóloga. Quando o legislador idealizou o tipo penal em voga, buscou definir o bem jurídico tutelado a partir do exame da política de moralidade prevista na Constituição Federal de 1988, optando por criminalizar a conduta do servidor público e do *extraneus*, este exclusivamente na hipótese do parágrafo único do artigo 89, quando houverem laborado para impedir ou dificultar o tratamento isonômico dos concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. O legislador restringiu o elemento subjetivo do tipo à comprovação da ocorrência do dolo, consubstanciada na consciência e na vontade de violar o tipo penal em apreço, contudo, não se identifica nas elementares objetivas e subjetivas dessa norma a exigência de comprovação do elemento subjetivo especial do tipo, como por exemplo, o especial fim de agir. Na doutrina há significativa divergência acerca da presença, somente no parágrafo único do tipo penal, do elemento subjetivo especial de cometimento do ilícito com o fim de celebrar contrato com a Administração Pública, no entanto, com relação ao *caput* do mesmo dispositivo legal, está pacificado na doutrina, principalmente naquela que se erigiu em torno da vontade do legislador quando instituiu a Lei nº. 8.666/93, a inexigência do elemento subjetivo especial do tipo. Na construção legislativa do artigo 89 da Lei de Licitações, bastava para a consumação do delito que houvesse a efetiva celebração do contrato público oriundo da contratação proscrita em lei, não sendo exigida a comprovação de eventual resultado naturalístico a partir desse marco formal. Ocorre que, após longos anos de aplicação da norma contida na Lei de Licitações pelo Poder Judiciário, reconhecendo que o tipo em questão se consumaria com a mera assinatura do contrato público, ou seja, que se tratava de crime meramente formal, atualmente testemunha-se flagrante virada hermenêutica perante as mais altas Cortes do país. São inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que exigem para a caracterização do crime numa das múltiplas ações previstas no artigo 89 da Lei de Licitações, que, cumulativamente, seja comprovado o dolo específico de burla ao procedimento

**Personalidade Acadêmica Homenageada:****André Meira** (Presidente do ISM – Instituto Silvío Meira)

---

licitatório, agregado à hipótese da existência de provas acerca do prejuízo ao erário ou que tenha havido benefício pessoal ao agente público ou a terceiro (*extraneus*) em detrimento do erário público. Vislumbra-se nesta pesquisa que a Jurisprudência literalmente desconstruiu o artigo 89 da Lei nº. 8.666/93, acrescentando o resultado naturalístico como elemento integrante do tipo penal em tela. Este trabalho buscará, através da interpretação sistemática, o caminho metodológico a ser utilizado, analisando o papel da Jurisprudência para a construção ou desconstrução de tipos penais, especialmente investigando o caso específico em evidência e a inclusão do elemento subjetivo especial do tipo penal, independentemente de sua previsão pelo legislador. Por fim, merecerá profunda investigação acerca das inúmeras ações penais que tramitam em face de servidores públicos por todo o Brasil, muitas delas imputando como ilícita as suas condutas por mera violação às formalidades legais atinentes às dispensas e inexigibilidades de licitações, sem a demonstração do resultado naturalístico decorrente da conduta incriminada, em detrimento da assentada Jurisprudência sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação; Dispensa; Inexigibilidade; Elemento Subjetivo Especial do Tipo; Comprovação; Necessidade.

**REFERÊNCIAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) >. Acesso em: 11 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 520.994/SP**. rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. em 24-9-2019, DJe de 30.set.2019. Disponível em: <

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**

**André Meira** (Presidente do ISM – Instituto Silvío Meira)

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201902037789&dt\\_publicacao=30/09/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902037789&dt_publicacao=30/09/2019) >. Acesso em: 11 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AP 962**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª T., j. em 4-6-2019, DJe de 22-10-2019. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748983579> >. Acesso em: 11 nov. 2019.

CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações e Contratações Públicas**. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Licitações e contratos públicos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LEONARDO, Marcelo. **Crimes de responsabilidade fiscal**: crimes contra as finanças públicas; crimes nas licitações; crimes de responsabilidade de prefeitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STOCCO, Rui. **Leis penais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3.

NETO, Zaiden Geraige; BENEVIDES, Jonatas Ribeiro. O advogado público e a prática de improbidade administrativa na contratação do profissional do direito por dispensa ou inexigibilidade de licitação sem o preenchimento dos critérios legais e suas consequências. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, [S.l.], v. 2, n. 43, p. 388 - 423, fev. 2017. ISSN 2316-753X.

QUEIROZ, Roberlei Aldo; KFOURI NETO, Miguel. O Princípio da Isonomia no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 4, n. 33, p. 353-379, dez. 2013. ISSN 2316-753X.