

Dispensa ou inexigibilidade de licitação e a responsabilidade penal do particular¹

Ivan Xavier Vianna Filho

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Ciências Criminais pela UFPR. Advogado na área criminal e sócio fundador da Xavier Vianna, Bockmann Moreira, Gasparin e Guimarães Advocacia.

Resumo: Só há responsabilidade penal do particular, por dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (parágrafo único do artigo 89, da Lei 8666/93), quando, ostentando a condição de representante da pessoa jurídica – contratada em decorrência de processo administrativo viciado e para o qual concorreu –, é destinatário de vantagem personalíssima.

Palavras-chave: Crime. Licitação. Dispensa. Inexigibilidade. Particular. Consumação. Sanção pecuniária. Base de cálculo. Base calculada.

Sumário: **1** Considerações propedêuticas – **2** Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Adequação típica objetiva – **3** Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Consumação do crime – **4** Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Adequação típica subjetiva – **5** Dedução da pretensão punitiva e necessidade de individualização da conduta, inclusive com a descrição da vantagem amealhada pelo agente – **6** Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Sanção pecuniária – Base de cálculo e base calculada (artigo 99, *caput*, parte final) – **7** Conclusões – Bibliografia

1 Considerações propedêuticas

Depois de quase um quarto de século da vigência da lei de licitações, o regime jurídico-penal nela instituído e interpretação que se lhe confere continua a suscitar controvérsias.

Duas razões, basicamente, concorrem para tanto, a saber: (a) a desconsideração de princípios básicos sobre os quais repousa o Direito Penal² – inclusive o chamado *Direito Penal das Licitações* – e (b) a adoção de uma postura mais ideológica do que jurídica no exame do tema.

E esse desvio de rota também importa insegurança jurídica, que só pode ser afastada *se e quando* a investigação e conhecimento do Direito são buscadas por meio de uma pureza metódica.

¹ O autor registra seu agradecimento ao Dr. Donizete Arruda Gordiano que, com pertinentes e agudas ponderações, abriu campo para uma prazerosa interlocução.

² Princípios da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, intervenção mínima, sob a vertente da subsidiariedade, entre outros.

Primeiro, pelo afastamento da Ciência Jurídica de qualquer influência sociológica e, depois, pela sua imunização em relação às gestões ideológicas e/ou axiológicas.

Noutro dizer, é preciso prestigiar o *direito penal do fato*, em detrimento do *direito penal do autor* e, como colorário, ter-se máxima atenção a um comportamento, cada vez menos incomum, de operadores do direito agindo de modo messeânico.

Por conseguinte – e esse é o objetivo das breves considerações ora lançadas –, o exame do concurso dos particulares para a prática do crime de dispensa ou de inexigibilidade de licitação assentar-se-á, como não poderia deixar de ser, em base exclusivamente jurídica.

2 Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Adequação típica objetiva

Estatuem o *caput* e o parágrafo único, do art. 89, da Lei 8666/93, que:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação, fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes a dispensa ou à inexigibilidade.

Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou da inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Da leitura do texto, identificam-se quatro comportamentos incriminados: (a) *dispensar* ou (b) *inexigir* licitação, (c) *deixar de observar* as regras inerentes à dispensa ou inexigibilidade e (d) *concorrer*, comprovadamente, para a consumação da ilegalidade, beneficiando-se da dispensa ou inexigibilidade.

As hipóteses de dispensa de licitação, que se materializam em conduta comissiva, estão previstas, taxativamente, no artigo 24, da lei de licitações,³ enquanto as de inexigibilidade, que se perfazem pela abstenção de comportamento, encontram disciplina no artigo 25 e, finalmente, os casos de inobservância das formalidades alusivas à dispensa ou inexigência – comportamento igualmente omissivo – regem-se pelas prescrições do art. 26.

Sob outro giro e no que concerne ao *bem jurídico* tutelado, protege-se, neste campo particular, o direito administrativo, porque os pressupostos da atuação da administração pública, elencados no art. 37, da Carta da República⁴ – legalidade,

³ As situações retratadas nos incisos I e II, do art. 24 não exigem formalidades para dispensa de licitação.

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência –, são de tal magnitude que não se reconhece suficiente a salvaguarda que lhes dispensam os demais segmentos do ordenamento jurídico.

Com efeito, quando o legislador criminaliza dados comportamentos que, a seu juízo, comprometem os valores republicanos (*res publica*), o que, em essência, está perseguindo é o prestígio aos princípios da moralidade administrativa, da isonomia, da lisura das concorrências e da prevalência do interesse público na escolha do que, com este, mais se compatibiliza.

São *sujeitos ativos do crime* descrito no *caput* o agente público e/ou o administrador, como tais considerados, à luz dos art. 84, da lei em exame⁵ – todos quantos, ainda que episodicamente, (a) exercem funções públicas,⁶ (b) são titulares de cargos públicos⁷ ou, ainda, (c) têm emprego público.⁸

Ser agente ou servidor público, portanto, é imprescindível, mas insuficiente para perfazimento do ilícito *previsto no caput*, porquanto por ele só são responsáveis aqueles que têm atribuição para *dispensar, inexigir* licitação ou, ainda, para *se abster de exigir* as formalidades para a dispensa ou inexigibilidade.

O superior hierárquico que ratifica o ato do subordinado e/ou o assessor jurídico que oferece parecer conclusivo pela legalidade de uma ou outra das situações referidas, em tese, também podem ser sujeitos ativos.⁹

Sem embargo, a matéria rende ensejo a grande discussão, seja na literatura seja nos pretórios, porque o campo é fértil para nascimento de erro, inclusive de proibição.¹⁰

⁵ Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público...

§1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

⁶ Função pública é o conjunto de atribuições cometidas ao agente público, do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

⁷ Cargo público é aquele criado por lei, com denominação própria, número certo e cujo exercente das funções a ele inerentes é pago pelos cofres públicos.

⁸ Emprego público é uma relação jurídica estabelecida entre o poder público ou quem lhe faça as vezes e o particular, regida pelo regime celetista. São exemplos de empregados públicos os diaristas, mensalistas e outros contratados.

⁹ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2001. p. 96.

¹⁰ *OAB consegue trancar ação penal contra advogado*. Disponível em: <<http://www.prerrogativas.org.br/oab-consegue-trancar-acao-penal-contra-advogado>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONTRATAÇÃO DE ACESSORIA JURÍDICA PELO MUNICÍPIO DE NHANDEARA/SP (CONTRATO 36/97). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO CAUSÍDICO NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS EM DECORRÊNCIA DO PACTO 36/97, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO À PRESENTE DECISÃO, PARA EXCLUIR A CONDENAÇÃO DA PREFEITA NO ALEGADO ILÍCITO DE IGUAL NATUREZA (ART. 509 DO CPC). 1. A negativa de vigência ao art. 535

Por conseguinte, o ilícito em exame, é próprio, porque só pode ser praticado por quem tem uma qualidade ou condição particular, no caso, ser funcionário público ou exercer as funções inerentes a cargo dessa natureza.

Não se passa o mesmo, é bem de ver, com o *ilícito penal de que trata o parágrafo único*, eis que qualquer pessoa – salvo, é óbvio o agente público em relação à mesma licitação – que, tendo concorrido, para a sobrevivência da dispensa, da inexigibilidade ou da abstinência de observância das formalidades inerentes a ambas as hipóteses, poderá cometê-lo. Cuida-se, aqui e então, de crime comum.

Daí concluir-se, com Costa Jr., que o legislador considerou a *coparticipação como crime autônomo*.¹¹ Não se pode perder de vista, no entanto, a lição de Bitencourt,¹² para quem a previsão do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93, é uma delimitação da hipótese de participação, de que trata o art. 29, do Código Penal.

Sujeitos passivos, de outro lado, é o Estado, personificado pela pessoa jurídica subordinada à lei de licitações e pode ser a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pelos entes federativos.

São essas, por conseguinte, as pessoas jurídicas que têm pertinência subjetiva para deduzir pretensão punitiva, por intermédio de ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do prescrito nos artigos 5º, LIX, da Constituição da República,¹³ 100, §3º, do Código Penal,¹⁴ bem assim 29 e 30, ambos do Estatuto Processual.¹⁵

do CPC somente se vislumbra quando o Tribunal de origem incorre em omissão, obscuridade ou contradição sobre matérias elementares para o deslinde da controvérsia. 2. A condenação do Agente Público e de terceiros no ressarcimento ao Erário, via de regra, demanda a comprovação do nexos causal entre a conduta ilícita do Agente ou do terceiro (dolosa ou culposa) e o dano causado ao Ente Estatal, sendo insuficiente, portanto, a mera presunção do prejuízo ao Estado. Precedente: AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 10.12.2012. 3... (STJ - REsp: 1181806 SP 2010/0034417-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2013)

¹¹ COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal das Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.

¹² Com a previsão do parágrafo único, do art. 89 o legislador restringiu, expressamente, o alcance do conteúdo constante do art. 29 do CP, dispondo diversamente (art. 12, do Código Penal). Nesse rumo, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

Código Penal Art. 12 – As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

¹³ Constituição Federal. Art. 5º (...) LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

¹⁴ Código Penal. Art. 100 (...) §3º – A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

¹⁵ Código de Processo Penal. Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

3 Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Consumação do crime

O crime do particular que é destinatário de benesses, em razão da *dispensa* ou da *inexigibilidade* ilegal de licitação – para a qual, *comprovadamente*, concorreu – é material ou de resultado e se consuma no exato momento em que auferir a vantagem, no átimo temporal em que extrai o proveito ou experimenta o desfrute do benefício amealhado com a sua conduta.

Não se confunde, compulsoriamente, com o instante da celebração do contrato, que é o fim perseguido pela sua atuação.

O exame lógico, cronológico e lexicológico do tipo penal conduz à conclusão segundo a qual a *obtenção da utilidade ou vantagem* é anterior e independente da assinatura do contrato. A celebração do contrato, em si, constitui exaurimento do ilícito.

Em regra e na prática, porém, o benefício só é auferido pelo agente após a celebração do contrato e recebimento dos valores decorrentes de sua execução. A percepção da vantagem ficaria então, nesse raciocínio, protraída no tempo, assim como o momento de consumação do delito.

A vantagem há de ser pessoal, particular, própria, personalíssima e não alheia, de sorte que não se considera juridicamente vantajosa para o agente, por exemplo, a celebração de contrato de obra pública – e posterior, recebimento de valores – pela pessoa jurídica da qual é empregado, ainda que tenha concorrido para a dispensa ou inexigibilidade ilegais.

É indispensável a prova da sua vantagem pessoal – e a sua descrição na peça inicial de acusação, independentemente da sua natureza específica, financeira, econômica, social, profissional etc.

Benefício ou vantagem experimentada pela pessoa jurídica – por assinar contrato, executar obra ou serviço público e/ou perceber valores em contraprestação ao trabalho desenvolvido em decorrência de licitação irregular – não é suficiente para caracterização do crime em comento.

O artigo 90,¹⁶ da mesma lei, tem redação diversa e insere a locução *para si ou para outrem*, o que comprova que, quando o legislador pretendeu conferir maior amplitude e alcance à sujeição ativa, o fez explicitamente.

Na mesma linha de raciocínio e a referendar tal ponto de vista, a norma estatuída no artigo 99,¹⁷ do mesmo diploma, que estabelece ser *a vantagem pessoal do agente* a base de cálculo para quantificação da sanção pecuniária.

¹⁶ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

¹⁷ Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

A vantagem *potencialmente auferível*, a que alude o dispositivo referido, para definição da base de cálculo da multa, não se aplica, por impossibilidade lógica, ao agente processado pela prática do crime do artigo 89, parágrafo único. Só há crime com a vantagem efetivamente percebida.

Observe-se, ainda nesse passo, que, embora o particular e o funcionário público incorram em iguais sanções, não praticam o mesmo crime. Não há coautoria entre ambos, visto que um dos pressupostos desta é a identidade de infração para ambos os participantes.¹⁸

4 Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Adequação típica subjetiva

Quanto ao *elemento subjetivo do crime*, corroborando a diretriz da excepcionalidade da punição por culpa,¹⁹ só existe apenamento quando o agente, com o seu comportamento, quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo e, mais, manifesta, além do seu *concurso* para a realização de ato ilegal, em si, o propósito de ver o contrato assinado.

Então, são necessários dois elementos para prática do crime: (a) o cognitivo ou intelectual, também nominado de consciência, e (b) o volitivo, quer dizer, a vontade de realizar o tipo objetivo, *orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto*.²⁰

Além disso, exige-se o *especial fim de agir*, marcado pelo desiderato de contratar com o Poder Público.

Neste particular, por todos, vale rememorar a lição de Bitencourt,²¹ para quem:

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

¹⁸ Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

¹⁹ O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

¹⁸ Os demais requisitos, como é de conhecimento acadêmico, são a pluralidade de agentes, pluralidade de condutas, relevância causal de cada comportamento e o nexó psicológico ou acordo volitivo entre os agentes.

¹⁹ Código Penal. Art. 18 (...) Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido, por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160.

²¹ Ob. Cit., p. 164.

A partir de tais premissas, com exclusividade, é que se examinará a vertente subjetiva do comportamento do sujeito ativo do crime definido no art. 89, parágrafo único, da Lei de Licitações.

5 Dedução da pretensão punitiva e necessidade de individualização da conduta, inclusive com a descrição da vantagem amealhada pelo agente

De acordo com o disposto no art. 41, do Código de Processo Penal,²² a peça inicial acustória conterá, entre outros elementos, a descrição do crime com todas as suas circunstâncias.

Em situações excepcionais, como, v.g., nos crimes societários, a jurisprudência²³ admite um relativo abrandamento de tais exigências, dada a alegada dificuldade de coleta, na fase inquisitorial, de todos os dados necessários à individualização das condutas dos inculpatos.

Diz-se, nesse sentido, que *a denúncia descreveu, na medida do possível, os crimes praticados por agentes de sociedades empresárias em conjunto com agentes públicos. Em situações assim, não há como exigir uma descrição minuciosa da conduta de cada agente, eis que praticamente inviável.*

Tal ponto de vista reclama, considerações particulares, senão reparos, porquanto a individualização das condutas – exigência decorrente, entre outros, dos primados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa,²⁴ com todos os meios e recursos a ela inerentes – encontra limites intransponíveis.

²² Código de Processo Penal (...) Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

²³ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM PARA QUE O STJ CONHEÇA DA IMPETRAÇÃO LÁ FORMULADA. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DELITOS TRIBUTÁRIOS (ART. 1º, I E II, DA LEI 8.137/1990). INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. CRIME SOCIETÁRIO. FALTA DE INDICAÇÃO INDIVIDUALIZADA DAS CONDUTAS. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA GERAL E NÃO GENÉRICA. HABEAS CORPUS DENEGADO (...) 3. A inicial acusatória indica os elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação e, por consequência, suficientes para dar início à persecução penal, além de permitir ao paciente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal (...) (STF – HC: 116781 PE, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 01/04/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-074 DIVULG 14-04-2014 PUBLIC 15-04-2014).

²⁴ Alguém pode ser responsável pelos atos de outrem, no que diz respeito a sanções cíveis, vale dizer, sanções impostas pelo Direito Civil. *Entretanto, ninguém é responsável pelos atos de outrem no que diz respeito a sanções penais.* Não são raras, porém, as manifestações na doutrina e na jurisprudência que, por via oblíqua, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito de empresas, adotam a responsabilidade penal objetiva, ou ainda, o que é mais grave, adotam a responsabilidade penal por fato de outrem. *Assim podem ser consideradas as manifestações que admitem a instauração de ação penal sem que a denúncia descreva de forma individualizada a conduta típica imputada a diretores e administradores de empresas, consagrando o que temos denominado denúncia genérica, que na verdade constitui uma violação de dispositivo expresso da lei, e um atentado evidente às garantias constitucionais* (MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade Penal no Âmbito das Empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). *Direito Penal Empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p.113 e p. 121. Os destaques não constam do texto original).

Com efeito, considera-se imprestável a peça inaugural da acusação quando o seu redator podia e devia promover uma investigação, mesmo que mínima, para identificar a natureza e o grau da participação de cada acusado e não o fez.²⁵

Ainda que se tolere o citado e relativo abrandamento da delimitação da participação de cada agente, isso não exige a acusação de indicar cada uma das elementares e circunstâncias típicas.

Bem por isso, a mitigação do dever ministerial previsto no artigo 41 não tem o condão de tolerar (a) a omissão de descrição de fato penalmente relevante ou (b) a abstinência de indicação de circunstâncias, entre as quais *quando* ocorreu o crime, *como*, *onde* e *de que forma o acusado dele participou* ou concorreu.

E, aqui, de nada adianta circunscrever o relato apenas à condição de acionista, cotista, membro de conselho, diretor, superintendente ou representante da pessoa jurídica, porque tais condições são penalmente indiferentes.

Sem que a tanto seja agregada uma descrição de ação penalmente relevante – com todas as suas circunstâncias –, levada a cabo pela pessoa que ostente tais credenciais, a denúncia será inepta.

Impõe-se que a acusação diga, explique e fundamente, desde o início, porque deduziu pretensão punitiva em desfavor de determinada pessoa e em que medida esta *concorreu* para o ilícito cujo cometimento se lhe imputa.

É insólito admitir seja aceita a denúncia com base na extravagante afirmação conforme a qual *o fato foi descrito na medida do possível*.

E se a deflagração de processo penal com tais características já é grave, por violação ao *princípio da dignidade da pessoa humana*²⁶ (art. 1º, III, CF) – quando menos, porque não se pode converter o processo penal em inquérito policial, que é

A regra da correlação entre a acusação e a sentença significa que deve haver uma identidade entre o objeto da imputação e o da sentença. *Ou seja, o acusado deve ser julgado, sendo condenado ou absolvido, pelos fatos que constam na denúncia ou queixa* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 309. Os destaques não constam do texto original).

Pode-se dizer que a única classificação definitiva é a que se estabilizou com o trânsito em julgado da sentença; as demais são provisórias e podem ser modificadas na decisão seguinte. Desde que os fatos sobre os quais incide sejam sempre os mesmos, a alteração da classificação independe de qualquer providência ou procedimento prévio, inexistindo nisso qualquer cerceamento de defesa ou surpresa, *porque o acusado defende-se de fatos e não da classificação legal, ainda que o juiz deva aplicar pena mais elevada em virtude da nova classificação* (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307. Os destaques não constam do texto original).

No mesmo sentido: STF, HC 73271, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 19/03/1996 e STF, HC 86000, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 12/12/2006. E, igualmente, o STJ, que, em sede de *habeas corpus*, decidiu que “a descrição do delito previsto no parágrafo único, do art. 89, da lei 8.666/93, exige, ao menos sucintamente, que fique consignado de qual forma teria o agente contribuído para a dispensa da licitação fora dos casos legais. Não se pode permitir que o órgão acusatório deixe de estabelecer vínculo mínimo entre denunciado e o fato criminoso a ele imputado, sob pena de ofensa do princípio constitucional da ampla defesa” (STJ, HC nº169.288, Relator Ministro Og Fernandes, DJ de 16.11.2010).

²⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 481-483.

²⁶ Constituição Federal. Art. 1º (...) III – a dignidade da pessoa humana;

o itinerário a ser percorrido para coleta de elementos de convicção necessários para exercício da ação penal –, com mais razão a condenação.

Esta pressupõe prova segura de fato penalmente relevante e retratado, com todos os seus matizes, na inicial acusatória. Se não foi, poder-se-á, no máximo, cogitar-se de oferecimento de *nova* denúncia, a teor das prescrições dos artigos 569 e 384, do Código de Processo Penal,²⁷ com reabertura da instrução processual.

Há de se respeitar o *princípio da correlação*, pelo qual é interdita a surpresa da defesa pela delimitação da conduta do acusado apenas na sentença.

O artigo 383, do Código de Processo Penal, impõe limites objetivos à decisão, que não pode se afastar do que exposto na inicial, sob pena de colher o acusado de surpresa e de lhe tolher o direito à defesa ampla.

Não há, pois, presunção de culpa e a subordinação de qualquer pessoa às agruras do processo penal que reclama um substrato probatório mínimo, sem o que se estará frente a manifesto abuso de poder de denúncia, por carência de *causa petendi*.²⁸

²⁷ Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código

§2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento

§3º Aplicam-se as disposições dos §§1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo

§4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

²⁸ O órgão do Ministério Público, na petição dirigida ao Juiz competente, descreve o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Não há necessidade de minúcias, não devendo, contudo, ser sucinta demais. *A exposição deve limitar-se ao necessário à configuração do crime e às demais circunstâncias que circunvolveram o fato e que possam influir na sua caracterização. Exigindo a lei a exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias, haverá necessidade, sempre que possível, de se fazer referência à hora, dia, mês, ano e local em que o crime foi cometido. Além da indicação do tempo e do lugar, deve ser feita referência ao modo como foi perpetrado e aos instrumentos usados.* Tal exposição circunstanciada torna-se necessária, não só para facilitar a tarefa do Magistrado como também para que o acusado possa ficar habilitado a defender-se, conhecendo o fato que se lhe imputa. Na denúncia, o órgão do Ministério Público pede a condenação do réu. E, para pedi-la, obviamente lhe deve imputar a prática de um crime. O fato criminoso, pois, é a razão do pedido da condenação, a causa petendi. *Não se concebe, por absurdo, uma peça acusatória, sem que haja causa petendi.* Para que exista ação, é preciso que se deduza uma pretensão e, ao mesmo tempo, se aponte o seu fundamento, a sua razão de ser (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 11. ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 338. Os destaques não constam do texto original).

Para haver imputação em sentido estrito, é necessário um ato processual que narre o fato atribuído à pessoa acusada. Esse ato é a denúncia ou a queixa e nele o fato deve estar identificado em seus elementos típicos e individualizado como evento histórico, situado no tempo e no espaço. É para essa finalidade de identificação e individualização do fato que o Código de Processo Penal, em seu art. 41, exige, na denúncia ou queixa a “exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”. *Tal exposição é fundamental para a reação do acusado, levando a, com exagero, afirma-se que para a defesa interessa exclusivamente o fato narrado.* O fato da denúncia ou queixa é o que já foi objeto de apuração na fase do inquérito policial e constou da

E mais. O recebimento da denúncia em casos nos quais é exigido um elemento subjetivo *especial* somente é possível se, para além da descrição mínima da conduta violadora do tipo penal, o *parquet* demonstrar, desde logo, o *especial fim de agir*, consubstanciado no intento de assinar o contrato.

Recentemente, porém, a jurisprudência tem firmado posição quanto à necessidade de a denúncia apontar o intuito de dano ao erário e o prejuízo por este sofrido,²⁹ o que cria mais uma condição para imposição de decreto condentório.

imputação em sentido amplo durante a investigação. *Com a acusação em juízo, exige-se maior precisão na narração desse fato, pois ocorre a sua cristalização e, em virtude dela, fica delimitado o âmbito da reação da defesa, que não pode alterar ou ampliar o fato fixado por quem promove a acusação. Pode o acusado ampliar a matéria de conhecimento do juiz, aduzindo outros fatos ligados ao da denúncia ou queixa, para evidenciar, por exemplo, a ocorrência de causas de exclusão da antijuridicidade (FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 179-180. Os destaques não constam do texto original).*

Pode-se dizer que a única classificação definitiva é a que se estabilizou com o trânsito em julgado da sentença; as demais são provisórias e podem ser modificadas na decisão seguinte. Desde que os fatos sobre os quais incide sejam sempre os mesmos, a alteração da classificação independe de qualquer providência ou procedimento prévio, inexistindo nisso qualquer cerceamento de defesa ou surpresa, *porque o acusado defende-se de fatos e não da classificação legal, ainda que o juiz deva aplicar pena mais elevada em virtude da nova classificação* (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307. Os destaques não constam do texto original).

- ²⁹ PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO. ELEMENTOS NÃO TRAZIDOS NA INICIAL ACUSATÓRIA. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. DENÚNCIA INEPTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. 1. No julgamento da Ação Penal n. 480/MG, consignou-se ser necessário, no que diz respeito ao crime descrito no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, que órgão acusador demonstre, desde logo, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo causado com a conduta. Não tendo o Ministério Público se desincumbido de demonstrar referidos elementos, verifica-se que a inicial acusatória se mostra inepta, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa. 2. Recurso provido, para trancar a Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes, apenas com relação ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, por inépcia da denúncia, sem prejuízo de que nova inicial seja apresentada. (STJ – RHC nº 65.254-RJ. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02 de fevereiro de 2016. Os destaques não constam do original).
- HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/1993. PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A Corte Especial do STJ decidiu, nos autos da APn. n. 480/MG, que “os crimes previstos nos artigos 89 da Lei nº. 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” (Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15/6/2012) 2. Malgrado haja sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o dolo específico de lesar o erário, não há comprovação do alegado prejuízo, especialmente porque, segundo consta, houve a efetiva prestação do serviço de transporte de passageiro pela empresa do ora paciente. 3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo ora paciente e anular, ab initio, o processo movido contra o paciente. (STJ - HC 254.944/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015. Os destaques não constam do texto original).
- PENAL. INQUÉRITO. ARTIGO 89, DA LEI Nº 8.666/93. ARTIGO 1º, INCISO III, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONDUTA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DOLO. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. 1. É imprescindível, para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações, a presença de dolo específico de causar dano ao erário, assim como a comprovação de efetivo prejuízo à Administração Pública. 2. O conjunto probatório não demonstra a presença de nenhum dos citados elementos, impondo-se, portanto, o acolhimento da promoção ministerial pelo arquivamento. (TRF4, INQ 0004614-45.2013.404.0000, Quarta Seção, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 08/10/2015. Os destaques não constam do original).

Com efeito e em resumo, agora, diante da nova orientação dos pretórios, a condenação do agente pela prática do ilícito em análise pressupõe que a denúncia *descreva*, a instrução processual comprove e a sentença defina (a) o comportamento do acusado, pelo qual se viabilizou a dispensa ou inexigibilidade ilegais da licitação, (b) o benefício percebido, recebido ou amealhado pelo denunciado, (c) o intuito de celebração do contrato, (d) o propósito de lesão ao erário e (e) o resultado danoso e material efetivo para o poder público.

É relevante considerar, portanto, que a percepção de benefício pelo incriminado e a contratação irregular, em si e por si, *consoante essa nova orientação da jurisprudência*, não implica, como corolário, lesão ao erário.

Parece haver, aqui, uma transposição, para o campo penal, da concepção hoje dominante na interpretação do art. 10, da lei de improbidade administrativa,³⁰ de acordo com a qual a improbidade é indissociável do dano.

Em resumo, denúncia que desatenda ao comando inserto no artigo 41, do Código de Processo Penal, deve ser (a) declarada inepta e, com apoio na prescrição do art. 564, III, a, e IV, do mesmo diploma, (b) anulado o processo penal desde o início.

6 Arquitetura do tipo do parágrafo único, do artigo 89, da Lei 8666/93 – Sanção pecuniária – Base de cálculo e base calculada (artigo 99, *caput*, parte final)

A pena de multa cominada nos artigos 89 a 98, da lei de licitações, a teor da prescrição do artigo 99, é calculada com base em percentuais e corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou *potencialmente auferível* pelo agente.

ART. 1º, III, DL 2011/67. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. ART. 89 DA LEI 8.666/93. NATUREZA JURÍDICA DO DELITO. CONTROVÉRSIA. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. DOLO ESPECÍFICO DE LESÃO AO ERÁRIO. IMPRESCINDIBILIDADE. CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO E DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. REPRIMENDAS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS E PERSONALIDADE NEGATIVAS. CULPABILIDADE NEUTRA. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. PROPORCIONALIDADE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (...) 5. Diante da necessidade de distinguir o administrador ímprobo do administrador inepto, a existência de dolo específico de lesar o erário se mostra imprescindível para caracterizar o crime de dispensa irregular de licitação. Precedentes. (...) (TRF4, ACR 5000477-98.2011.404.7211, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 07/01/2015).

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Transbordando das especificações insertas no inciso III, o dispositivo em voga estabelece regra ampla no sentido de que haverá nulidade pela omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1070. Os destaques não constam do texto original).

³⁰ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...).

Dois problemas se apresentam na interpretação do dispositivo. O primeiro, como já destacado, encontra-se resolvido, porque o crime previsto no artigo 89, só se perfaz com a efetiva obtenção da vantagem e, assim, se mostra logicamente impossível considerá-la do ponto de vista potencial.

O segundo, decorre do fato de que o §1º, do mencionado artigo 99, estabelece que as alíquotas da multa não poderão ser inferiores a 2% nem superiores a 5% do valor do contrato licitado.

Sucedee, todavia, que o montante do contrato não guarda *obrigatória* relação de causa e efeito com a vantagem amealhada pelo agente, que pode receber mais ou menos do que o contratado percebeu ou poderia perceber. Ou, ainda, poderá não ter qualquer vantagem financeira.

A vantagem é pessoal, própria e não de terceiro, de sorte que o benefício recebido pelo *contratado* na sua relação jurídica com a administração – lícita ou não – constitui para o *sentenciado* autêntica *res inter alios*.

E, então, num juízo de puro pragmatismo, não será incomum o *sentenciado* ser sancionado com multa e o resultado da tentativa de quantificá-la ser nulo, por ausência de prévia ou impossível definição financeira da vantagem auferida.

E se o benefício não for pecuniário? Caso o agente tenha concorrido para as ilegais dispensa ou inexigibilidade do certame licitatório, com objetivo de ver o contrato assinado, apenas para (a) se credenciar perante seus superiores hierárquicos, (b) alargar o seu espaço de movimentação profissional no mercado, (c) ter maior inserção social etc., não terá havido o crime?

Lembre-se, aqui, que o bem jurídico protegido é o direito administrativo, na sua faceta *moralidade* e não o patrimônio do erário.

Ainda nessa esteira, não se confundem, é bem de ver, *base de cálculo*, que é a magnitude, a grandeza abstrata do fato e *base calculada*, que é a realidade concreta, medida ou determinada, o resultado, *a base convertida em cifra, individualizada, traduzida em termos monetários*.³¹

Por conseguinte, nada há de irregular se o resultado da operação de identificação do valor da multa – pelo uso da base de cálculo e da alíquota – for zero.

7 Conclusões

À luz das razões expendidas, conclui-se que o momento em que se consuma o crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei 8666/93, é o da *percepção de vantagem* pelo agente, independentemente da assinatura do contrato, que é o fim perseguido com a prática ilegal de atos que importam dispensa ou inexigibilidade de licitação.

³¹ BARRETO, Aires. *Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 107.

Tal vantagem, compulsoriamente, há de ser pessoal, própria, personalíssima e, portanto, inconfundível com aquela que vier a ser amealhada pela pessoa que assinar o contrato e/ou receber valores daí decorrentes.

É que quando o legislador considerou a possibilidade de a vantagem ser para terceiro, disse-o, expressamente, como se infere da redação do artigo 90, da aludida lei.

A vantagem pessoal, ademais, tal como o fato penalmente relevante e todas as suas demais circunstâncias, deve constar, explicitamente, da denúncia, em face da exigência, entre outros, do artigo 41, do Código de Processo Penal, e dos vetores da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e vedação da responsabilidade objetiva.

Por derradeiro, a base de cálculo para quantificação da sanção pecuniária é a vantagem ou benefício realmente auferido pelo acusado – inconfundível com o valor do contrato – e deve ser descrito na denúncia, provado ao longo da instrução e definido na sentença.

Marchés publics au Brésil – Violation des hypothèses (d'exemption et de inapplicabilité) prévues à la Loi 8666/93 et la responsabilité pénale de la personne physique qui représente l'opérateur économique

Résumé: La responsabilité pénale de la personne physique qui représente l'opérateur économique, en raison de violation des dispositions qui exigent les marchés publics (article 89, paragraphe unique, de la Loi 8666/93), a lieu seulement lorsque la personne physique, en vertu de l'acte commis, se bénéficie d'un avantage de nature personnelle.

Mots-clés: Marchés publics. Infraction pénale. Personne physique représentant l'opérateur économique. Responsabilité pénale. Sanction pécuniaire. Base de calcul.

Bibliografia

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Tomo I. São Paulo: Elsevier, 2008.
- BARRETO, Aires. *Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal das Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos Crimes da Lei de Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade Penal no Âmbito das Empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). *Direito Penal Empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIANNA FILHO, Ivan Xavier. Dispensa ou inexigibilidade de licitação e a responsabilidade penal do particular. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 77-90, abr./jun. 2016.

Recebido em: 30.3.2016

Aprovado em: 25.4.2016