

# **A desnecessidade de dolo específico para a consumação do crime de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação, previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sob a ótica da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade aplicado à Justiça Militar da União – vedação à proteção penal deficiente**

**Wendell de Melo Rodrigues Alves**

Analista processual do Ministério Público da União (MPU)  
Especialista em Ciências Criminais (UNIDERP) e em Limites Constitucionais à  
Investigação Criminal no Brasil (UNISUL)  
Capitão de Comunicações da Reserva Não Remunerada do Exército Brasileiro –  
Turma de 1994 da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN)  
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Goiás (UFG)

**RESUMO:** O presente artigo científico versa sobre a desnecessidade de dolo específico para a consumação dos crimes de fraude e de dispensa ilegal de licitação, previstos nos artigos 89 e 90 da lei nº 8.666/93, sob a ótica da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade – vedação à proteção penal deficiente, aplicado pela Justiça Militar da União. Discorrer-se-á sobre a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, um dos corolários do devido processo legal substancial e verdadeiro vetor para a concretização justa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Citar-se-á o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Realizar-se-á um contraponto a tal entendimento, com esteio no que se entende por dolo específico, de acordo com a Doutrina pátria e com a jurisprudência daquele próprio Tribunal Superior brasileiro. Ao final, sugerir-se-á aos intérpretes do Direito

Penal Castrense, após a uma das inovações trazidas pela Lei 13.491/2017 (crimes militares por equiparação ou por extensão), uma nova forma de se julgar pessoas que cometam tais delitos militares.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitações e contratos. Princípio da proporcionalidade. Dimensão positiva. *Untermassverbot*. Lei 8.666/93. Dolo específico. Justiça Militar da União. Lei 13.491/2017. Crimes militares por equiparação ou por extensão.

## ENGLISH

**TITLE:** The non-enforceability of the specific fraud for the consummation of the crime of waiver or of illegal inexigibility of bidding, under article 89 of law 8.666 / 93 under the optical dimension of the principle of proportionality applied to Military Justice of the Union – seizure of defective criminal protection.

**ABSTRACT:** This scientific article deals with the lack of specific fraud for the consummation of the crimes of fraud and illegal bidding, provided for in Articles 89 and 90 of Law 8.666 / 93, in the light of the positive dimension of the principle of proportionality – prohibition of poor criminal protection, as applied by the Union's Military Justice. The positive dimension of the principle of proportionality, one of the corollaries of due legal process and a true vector for the just implementation of fundamental rights, seen in the Federal Constitution of 1988. It will be cited the jurisprudential position of the Supreme Court of Brazil on the subject. A counterpoint will be made to such an understanding, in accordance with what is meant by specific intent, in accordance with the Doctrine of the Nation and with the jurisprudence of that same Brazilian High Court. In the end, it will be suggested to interpreters of the Military Criminal Law, after one of the innovations brought by Law 13.491 / 2017 (military crimes by equalization or by extension), a new way of judging people who commit such military crimes.

**KEYWORDS:** Competitive bidding and contracts. Principle of proportionality. Positive dimension. Untermassverbot. Law 8.666/93. Specific purpose. Military Justice of the Union. Law 13.491/2017. Military offenses by equalization or by extension.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Dimensão positiva do Princípio da Proporcionalidade – 3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal – 4 Contraponto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal – 5 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

A criminalidade organizada no Brasil se utiliza dos crimes de licitação em contratos em grande escala e lesa, de maneira indireta, o objetivo constitucional de erradicar a pobreza e atrapalha a consecução dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, entra em cena o princípio da proporcionalidade, como corolário do postulado do devido e substancial processo legal.

O princípio da proporcionalidade possui duas dimensões, pois serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Portanto, sob a sua dimensão positiva, tal princípio visa a coibir a criminalidade organizada por meio do oferecimento à população brasileira de uma proteção penal eficiente.

Não obstante isso, o Supremo Tribunal federal, ao mesmo tempo em que considera o dolo específico um fim especial de agir descrito expressamente pelo tipo penal, em sentido diametralmente oposto a tal entendimento, exige a vontade de causar prejuízo ao erário para a consunção entre a conduta delitiva

do administrador público (parecerista ou ordenador de despesas) e o preceito primário do art. 89 da Lei 8.666/93.

Ressalte-se que na redação do mencionado tipo penal não se evidencia nenhuma exigência legal desse especial fim de agir exigido por ambas as Turmas do STF, qual seja, o fim de causar lesão ao erário.

Agindo assim, o entendimento do STF afronta a vedação à proteção penal deficiente pelo Estado brasileiro, e, por consequência, o devido e substancial processo legal.

Por meio deste artigo, considerando-se a ampliação da competência da Justiça Militar da União efetivada pela Lei 13.491/2017 – referimo-nos, especificamente, à alteração redacional do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar brasileiro – sugerimos a observância de uma proteção penal eficiente estatal quando os Ministros do Superior Tribunal Militar ou os Juízes Federais da Justiça Militar da União forem processar e julgar pessoas acusadas da prática delitiva prevista no art. 89 da Lei 8.666/93, ainda que de forma contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

## **2 DIMENSÃO POSITIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O princípio da proporcionalidade é um postulado de nível constitucional, cujas origens remontam à formação dos Estados de Direito.

Tal princípio está intimamente ligado aos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. É por intermédio do postulado em comento que será possível verificar se uma medida estatal afronta algum desses direitos por ser excessivamente interventiva ou por ser insuficiente, no que tange à proteção de tais direitos.

Para Luciano Feldens (2008, p. 81), o princípio da proporcionalidade, originariamente concebido para antepor-se ao Poder Público, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, especificamente a contar do que dispõe o art. 8º dessa Declaração, “[...] albergar-se-ia implicitamente no princípio da legalidade e, nessa condição, passaria a irrigar o sistema normativo como um todo”.

O Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da proporcionalidade está insito no princípio do devido processo legal substancial, como se pode verificar do excerto abaixo, retirado do acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667/DF:

[...] As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of Law* [...]<sup>1</sup>.

O devido processo legal substancial, conforme explicitou o ministro Celso de Mello, quando do voto proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.158/AM, consubstancia-se: “[...] na necessidade de proteger os direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”<sup>2</sup>.

Para aferir eventual afronta de ato estatal ao princípio da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência alemãs (Feldens, 2008, p. 82) apontam três critérios, denominados no presente artigo de subprincípios do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a) subprincípio da adequação; b) subprincípio da necessidade; e c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o subprincípio da adequação, o ato estatal deve constituir-se do meio adequado ao fim a que se destina. Exemplificando: a conduta de um fornecedor utilizar peças usadas, sem o conhecimento e autorização do consumidor, para consertar determinado bem e cobrar o serviço prestado como se houvesse utilizado peças novas no conserto é uma conduta reprovável. Para coibir tal conduta, o legislador brasileiro pode utilizar a sanção penal

---

<sup>1</sup> STF, Constitucional, ADI n. 2.667 MC/DF, rel. min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387197>. Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>2</sup> STF, Constitucional, ADI n. 1.158 MC/AM, rel. min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 nov. 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ou a sanção civil. Ambas são meios estatais adequados ao fim de reprimir tal conduta fraudulenta.

A seu termo, de acordo com o subprincípio da necessidade, o ato estatal deve constituir-se no meio menos gravoso à obtenção do fim por ele visado. Exemplificando: se, para coibir determinada conduta social maléfica, for necessária uma norma administrativa ou civil, não será necessária a edição de uma norma penal para tanto, haja vista que essa última é muito mais gravosa que as duas primeiras, por ensejar uma ou mais penas criminais (pecuniária e/ou privativa de liberdade).

Tal subprincípio está intimamente ligado ao princípio da intervenção penal mínima, especificamente no que tange à fragmentariedade do Direito Penal. Assim, se houver algum outro ramo do Direito que seja menos gravoso que o Direito Penal e tão eficiente quanto esse na repressão a determinadas condutas sociais reprováveis, tal ramo deverá prevalecer em detrimento do Direito Penal, justamente por ser menos gravoso que esse último.

Por fim, de acordo com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se aferir se o ato estatal guarda uma relação razoável de custo-benefício quanto ao fim almejado pelo Estado ao editar o referido ato. Uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional. Rogério Schietti Machado Cruz (2006, p. 99), Ministro do Superior Tribunal de Justiça, exemplifica o subprincípio em comento relacionando a prisão cautelar e o sacrifício da liberdade humana, *litteris*:

Esse subprincípio implica o entendimento de que há uma relação justa e adequada entre os benefícios obtidos com a medida e os meios empregados para levá-la a termo. No tocante à prisão cautelar (ou qualquer outra medida cautelar), estará ela, portanto, justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outras palavras, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do investigado ou acusado for razoável (ante os juízos de idoneidade e necessidade da cautela) e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao sujeito passivo da medida.

Posto isso, verifica-se que o princípio da proporcionalidade serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

A Constituição Federal de 1988 enuncia uma série de direitos individuais fundamentais erigidos pelo texto constitucional ao *status* de cláusula pétrea, ou seja, direitos que não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição.

Alguns desses direitos consubstanciam-se em verdadeiras garantias individuais contra eventuais atos estatais abusivos.

Outros desses direitos individuais fundamentais constituem, em seu âmago enunciativo, verdadeiras normas mandamentais dirigidas ao Estado, que deverá assegurá-los, de modo eficiente.

Tanto em um caso quanto em outro, o princípio da proporcionalidade tem aplicação, haja vista o fato de tal postulado possuir duas dimensões, a depender do mandamento material constitucional a que se relacione o ato estatal a ser submetido ao crivo de tal princípio: uma dimensão negativa e outra, positiva.

A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade, conforme asseverado na introdução deste artigo, denomina-se proibição de excesso, expressão que, segundo Lênio Streck (2005), Luciano Feldens (2008) e Ingo Wolfgang Sarlet (2010), originou-se na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional daquele país decidiu acerca da constitucionalização do aborto, desde que precedido de uma conscientização social realizada por meio de admoestação estatal à gestante a continuar com a gravidez, explicando-lhe aspectos relacionados à vida intrauterina.

Por meio da dimensão negativa do princípio da proporcionalidade, um ato estatal abusivo ou excessivamente restritivo a algum desses direitos individuais fundamentais poderá ser declarado inconstitucional e, por conseguinte, não ser aplicado à sociedade a que se destina. Essa dimensão do princípio da proporcionalidade ampara o que Lenio Streck (2005) denomina de garantismo negativo.

Por intermédio do garantismo negativo, o Poder Judiciário poderá controlar os atos estatais que, por serem considerados desproporcionais em

relação aos fins visados, malfirmam garantias constitucionais fundamentais asseguradas à sociedade.

Entretanto, há também uma dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, que ampara o que Streck (2005) denominou de garantismo positivo.

Essa dimensão, no âmbito do Direito Criminal brasileiro, decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade com o fim de coibir uma proteção penal deficiente por parte do Estado, em relação a determinado direito individual fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A título de exemplo, pode ser citado o direito à segurança como uma das garantias a serem implementadas pelo Estado brasileiro, conforme se depreende da redação do *caput* do art. 5º da CF/1988.

Se, por intermédio de um ato legislativo, o Estado brasileiro intentar abrir mão ou minorar sua obrigação sócio-contratual de proporcionar segurança aos brasileiros e aos estrangeiros residentes ou em passagem pelo Brasil, tal ato também poderá ser declarado inconstitucional com fulcro na afronta ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão positiva.

Posto isso, é possível concluir que, enquanto a dimensão negativa do princípio da proporcionalidade estabelece um limite máximo no que concerne à intervenção estatal, sua dimensão positiva estabelece um limite mínimo de proteção a ser implementada pelo Estado.

### 3 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O crime tipificado pelo artigos 89 da Lei 8.666/93 encontra-se assim previsto em seu preceito primário: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”<sup>3</sup>.

Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal entendem que, para a consumação desse crime, faz-se necessário o dolo específico de lesar o erário na conduta criminosa, *verbis*:

---

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 mar. 2019.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. Havendo detentores e não detentores de prerrogativa de foro acusados no mesmo processo, o atual entendimento desta Suprema Corte aponta no sentido do desmembramento como regra, ressalvadas hipóteses excepcionais a exigirem julgamento conjunto. 1.1. Desmembramento efetivado no caso concreto, inexistente imbricação extraordinária entre as condutas dos coacusados. 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. 3. Inexistente indicativo de conluio, ilegalidade manifesta ou desvio de finalidade claramente perceptível, os atos de gestão praticados pelo Prefeito de acordo com as orientações técnicas dos órgãos especializados do Município, sobretudo em temáticas que envolvem juízo de legalidade – tais como ocorrem nas plurissignificativas regras de dispensa e inexigibilidade de licitação –, se qualificam com o predicado de boa-fé presumida. 3.1. No caso, (I) a ratificação da inexigibilidade de licitação foi realizada de acordo com a orientação dos órgãos técnicos do Município e a prova dos autos não rendeu razões que razoavelmente impussem ao acusado, como gestor (Prefeito), adoção de conduta contrária às manifestações técnicas; (II) foi verificada oscilação de entendimento no âmbito do Tribunal de Contas local quanto à lisura da inexigibilidade da licitação, assim como o arquivamento, pelo Ministério Público Cível, de inquérito cível pertinente aos mesmos fatos; (III) as provas pessoais produzidas – testemunhas e interrogatório do acusado, – alinharam-se pela insuficiência de prova da participação dolosa do Prefeito no crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. 4. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglosaxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 5. Ação penal julgada improcedente. (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)<sup>4</sup>. Grifou-se.

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Pretendido trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta imputada. Ausência de demonstração do dolo específico. Agravante que, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração Regional, emitiu parecer favorável a contratação. Manifestação de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. O parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não é vinculante. Ineficiência da denúncia na demonstração da vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. Abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g., MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal à qual responde a agravante. 1. É pacífico na Corte o entendimento quanto à possibilidade de trancamento de ação penal pela via do habeas corpus quando evidente a falta de justa causa para seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta imputada. 2. Demonstram os autos que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia em face da agravante e de outros imputando-lhes a prática do crime descrito no art. 89, c/c o art. 99, e no art. 84, § 2º, todos da Lei nº 8.666/93, porque, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração do Paranoá/DF, emitiu parecer opinativo favorável à legalidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da Federação de Jiu-Jitsu de Brasília (FJJB), visando à realização de evento denominado “Paranoá Fight”. 3. Não logrou êxito a acusação em demonstrar suficientemente na denúncia a vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. 4. A documen-

---

<sup>4</sup> BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DOLO+E+ESPEC%2FDFICO+E+LICITA%C7%D5ES+E+CONTRATOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4b29wf8>. Acesso em: 27 mar. 2019.

tação acostada ao processo administrativo, cuja veracidade não foi questionada, sinalizou que a FJJB seria a única Federação de Jiu-Jitsu de Brasília devidamente cadastrada e reconhecida pela Confederação Brasileira do esporte para a realização do evento na capital. 5. Toda a documentação acostada aos autos não permitia, até aquele momento, conclusão diversa de que o caso era mesmo de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, mormente se levada em conta a total ausência de notícia no bojo do processo administrativo sobre a existência de outra entidade (Federação de Jiu-Jitsu Esportivo do Distrito Federal-FBJJ). 6. A impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados não é um plus que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93, e sim a consequência lógica da tipificação de uma dessas hipóteses. 7. Embora o Parquet tenha afirmado que a agravante teria agido dolosamente em seu parecer, diante da existência de contradições sobre a exclusividade da FJJB, o processo administrativo, em nenhuma de suas manifestações, sinalizou tais ocorrências, sendo certo, ademais, que a denunciada somente detinha competência para emitir parecer técnico sobre inexigibilidade da licitação sob prisma estritamente jurídico, não cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar a veracidade das questões de natureza técnica (como a autenticidade da documentação acostada), administrativa ou financeira, salvo teratologia, que não ficou evidenciada na espécie. 8. Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não vinculante. 9. Por essa perspectiva, como já sinalizado pela Corte, *mutatis mutandis*, é lícito concluir pela abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g. MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). 10. Tal conclusão se robustece quando se torna evidente, para além do dolo simples necessário (vontade consciente de contratar independentemente da realização de procedimento licitatório), que o Parquet não apresentou, na denúncia, elemento probatório mínimo que demonstrasse qualquer tipo de intenção por parte da agravante de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 11. A ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da lici-

tação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e houver demonstração da vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, o que não foi o caso. 12. Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal em relação à agravante. (HC 155020 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 31-10-2018 PUBLIC 05-11-2018)<sup>5</sup>. Grifou-se.

Como se pode verificar da simples transcrição das ementas, o Supremo Tribunal Federal, quando da análise de Habeas Corpus e seus consectários recursais exige o dolo específico do agente criminoso de causar dano ao erário, para que se consuma o crime tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93.

Ressalte-se que, se fosse um recurso extraordinário sob análise, certamente incidiria à espécie a Súmula 279 do Supremo<sup>6</sup> (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), haja vista que a análise acerca da ocorrência de dano ao erário ou da presença de dolo específico exigem o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado no âmbito dos recursos excepcionais.

Isso porque, como cediço, a análise do dolo se dá no escopo da conduta (comissiva ou omissiva) delitativa, intimamente relacionada aos fatos e às provas já analisadas pelos Tribunais de Origem (Tribunais de Justiça distrital e estaduais e Tribunais Regionais Federais), quando do julgamento dos recursos ordinários.

Nessa mesma linha de raciocínio e a título de curiosidade, os enunciados nº 7 e 126, respectivamente, das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho possuem o mesmo sentido da citada Súmula 279 do STF.

Todavia, considerando-se que o presente artigo tem por finalidade analisar o tema de acordo com a inovação legislativa trazida pela Lei 13.491/2017 ao ordenamento jurídico-militar, em especial ao art. 9º, II, do Código Penal Militar

<sup>5</sup> BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DOLO+E+ESPEC%20CDFICO+E+LICITA%20C7%D5ES+E+CONTRATOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4b29wf8>. Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 27 mar. 2019.

(crimes militares por equiparação ou por extensão) e que a Justiça Militar da União já possui o seu Tribunal Superior (o Superior Tribunal Militar) – ressalta-se, o mais antigo dentre todos os Tribunais Superiores do Brasil – dispensa-se aqui discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho, esse último sem competência criminal.

#### **4 CONTRAPONTO AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O crime de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação, previsto pelo art. 89 da Lei 8.666/93, encontra-se no rol dos *white collar crimes* (crimes do colarinho branco), para utilizar a classificação anglo-saxã dos delitos no que tange ao bem jurídico tutelado e à forma de se cometê-los.

Tais delitos, em especial no Brasil, geram grande prejuízo social ao atingir a camada da população mais carente de recursos financeiros e de ações positivas estatais.

Enquanto um homicídio ou latrocínio retira a vida de uma vítima, a dispensa ou a inexigibilidade criminosa de licitação pública, indiretamente retiram a vida de grande número de brasileiros e de estrangeiros residentes no Brasil, ao negar-lhes o investimento financeiro em direitos sociais constitucionais, como, por exemplo, a saúde, a educação e outros elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

E é essa própria Constituição Federal que estabelece, em seu art. 5º, XXXIX, um dos princípios basilares do Direito Penal Militar, qual seja, o da Legalidade Estrita: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Segundo o princípio da legalidade estrita aplicado ao Direito Penal, somente se deve processar e julgar alguém criminalmente, quando a sua conduta se amoldar, perfeitamente ao previsto, de maneira prévia (aí outro postulado, qual seja, o da anterioridade legal) por Lei.

Ocorre que, em nosso ordenamento jurídico os intérpretes do Direito da Suprema Corte acrescem ao tipo penal previsto no art. 89 da Lei Geral de

Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) algo que nela não se encontra escrito nem previsto: o dolo específico de o agente criminoso causar lesão ao erário.

Em verdade, o referido delito é o que se denomina, na Doutrina pátria de crime de resultado cortado ou antecipado ou mutilado de dois atos.

Essa espécie de delito, além do dolo genérico, exige, implicitamente, um resultado não naturalístico, ou seja, um resultado que, se ocorrer, será mero exaurimento de uma conduta criminosa perfeitamente subsunta à lei penal material e, por consequência, punível a título de dolo.

É, a título de exemplo, o que ocorre com o crime de extorsão, cujo resultado da efetiva obtenção da vantagem ilícita visada com a conduta criminosa não interfere na consumação. São, em outras palavras, os crimes formais, que não exigem resultado naturalístico para a sua consumação.

O dolo específico (também conhecido por elemento subjetivo do injusto, e não do tipo) consubstancia-se na intenção especial exigida pelo tipo penal, para que o crime se consume. Geralmente, essa previsão vem precedida de expressões como a fim de, com o fim de, com a finalidade de. É o chamado delito de tendência.

Nesse sentido, e em sentido diametralmente oposto ao entendimento aplicado no que tange ao delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, entende a própria Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que “6. A defesa também tem razão quando argumenta ausentes indícios suficientes quanto ao dolo específico (especial fim de agir) exigido pelo art. 299 do Código Penal.”<sup>7</sup>

Tal excerto citado foi retirado do inteiro teor do julgamento do, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL, ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. POSTERIOR PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA OMISSÃO DE INFORMAÇÕES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAIS. AFASTAMENTO DAS PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO

---

<sup>7</sup> BRASIL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9563428>. Acesso em: 27 mar. 2019.

EM PERSPECTIVA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA COM FUNDAMENTO NO ART. 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Inviável a rejeição da denúncia por alegada prescrição em perspectiva, por ter este Supremo Tribunal Federal jurisprudência assente na qual declara ser “descabida a análise antecipada sobre a ocorrência da prescrição” (Ação Penal n. 441/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 8.6.2012). 2. Descabe a rejeição liminar da denúncia, por alegada inépcia, quando a peça processual atende ao disposto no art. 41 do CPP e descreve, com o cuidado necessário, a conduta criminosa imputada a cada qual dos denunciados, explicitando, minuciosamente, os fundamentos da acusação. 3. Ausentes indícios consistentes de autoria e materialidade delitiva e não demonstrado o dolo específico do crime do art. 299 do Código Penal, é de se rejeitar a denúncia por falta de justa causa, nos termos do art. 395, inc. III, do CPP. 4. Denúncia rejeitada. (Inq 2792, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 09-10-2015 PUBLIC 13-10-2015). Grifou-se.

Com efeito, o art. 299 do Código Penal exige o especial fim de agir, *litteris*:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. (Grifou-se)

Quando observamos o tipo legal do art. 89 da Lei de Licitações, com todas as suas elementares (objetivas e subjetivas) e circunstâncias, não identificamos, sob a ótica do princípio da legalidade estrita, o especial fim de agir do agente criminoso.

É dizer: não existe naquele tipo penal nenhum especial fim de agir previsto. Basta a dispensa ou a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei, para que haja perfeita subsunção entre a conduta e o tipo penal.

Daí, chega-se à conclusão de que o referido delito é de natureza formal. Basta o agente praticar suas elementares objetivas de dispensar ou de inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, para que a consumação se perfeça em todos os seus aspectos.

Entretanto, não é o que tem feito o Supremo Tribunal Federal, que, em contradição com entendimentos esposados por ele mesmo em outros precedentes sobre o dolo específico, exige, para a consumação do crime tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93, destaque-se aqui ao arrepio da Lei e do princípio constitucional da legalidade estrita, a intenção especial de causar lesão ao erário.

Ora, não estamos lidando, ao lançar o edital de licitações com jogo de acerto ou erro, mas com dinheiro público. Se o administrador público dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses previstas em Lei, isso denota que ele está no lugar errado. Não pode lidar com dinheiro público por falta de conhecimentos mínimos exigidos do gestor público, como os casos legais de possibilidade de dispensa (arts. 17 e 24 da Lei 8.666/93) ou de inexigibilidade de licitação (art. 25 daquela mesma Lei Geral sobre Licitações em Contratos).

Neste momento, entra em cena a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, que, como dito anteriormente, consubstancia-se em verdadeiro vetor para a concretização justa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A vedação a uma proteção social penal deficiente é tão importante no combate à criminalidade organizada do colarinho branco quanto o são as vedações de práticas estatais abusivas a direitos fundamentais.

É dizer: o princípio da proporcionalidade possui duas dimensões e serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Posto isso, pergunta-se: com a alteração legislativa provinda da Lei 13.491/2017, que, especificamente no que diz respeito à competência da Justiça Militar da União ampliou, sobremaneira, o rol de crimes a serem por ela processados e julgados, como os Ministros do Superior Tribunal Militar e os

Juízes Federais da Justiça Militar da União aplicarão tal postulado, quando estiverem processando e julgando crimes de dispensa ou de inexigibilidade ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/93 c/c/ art.9º, II, do CPM? Em consonância com o – respeitados todos os entendimentos em sentido contrário – entendimento equivocado do STF (que exige dolo específico onde a Lei não exige)? Espera-se que não.

## 5 CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade possui uma dimensão negativa (proibição de excesso ou *übermassverbot*) e uma dimensão positiva (proibição de insuficiência ou *untermassverbot*).

A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade consubstancia-se na proibição de o Estado exceder-se no desempenho de suas funções e, por meio desse excesso, violar algum direito fundamental constitucionalmente assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes ou em passagem pelo Brasil. É preceito que visa à proteção das garantias fundamentais do indivíduo contra eventuais abusos por parte do Estado. Sua origem remonta à formação dos Estados de Direito.

Já a dimensão positiva de tal princípio constitui uma verdadeira proibição de deficiência de proteção por parte do Estado, quando do implemento ou da garantia de algum direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o direito à segurança.

As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que entendem que o dolo específico exige, para ser aplicado como condição para a consumação da falsidade ideológica, um especial fim de agir do agente criminoso, expressamente descrito no tipo penal, dispensa tal exigência quando o assunto é dispensa ou inexigibilidade ilegais de licitação.

Ao assim agir, respeitados todos os entendimentos em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, a despeito de adentrar ao exame de matéria infraconstitucional (violação reflexa – exame de consciência e de vontade ínsitas à conduta do agente) e de reexaminar fatos e provas fora de suas atribuições

penais originárias (o que é vedado pelo enunciado 279 de sua Súmula), malferem o combate à criminalidade organizada no Brasil.

Esse entendimento pode ser mudado pelo Tribunal Superior precursor na história do Brasil, qual seja o Superior Tribunal Militar.

A ampliação da competência da Justiça Militar da União efetivada pela Lei 13.491/2017 (especificamente no que diz respeito à novel redação do art. 9º, II, do Código Penal Militar) traz essa possibilidade.

O entendimento de que o delito tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93 não exige dolo específico para ser consumado, sendo delito formal, é fundamental para essa tão desejada proteção penal eficiente em nosso país.

Com efeito, analisando-se o preceito primário do tipo penal referente ao crime previsto no art. 89 da Lei Geral de Licitações, Lei 8.666/93, é possível concluir-se que, nele, inexistente a expressão com o fim de causar prejuízo ao erário.

Com essa constatação e valendo-nos do princípio constitucional da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, da CF88), em plena consonância e à luz da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, espera-se, sinceramente, que os referidos intérpretes do Direito Penal Castrense não exijam o especial fim de causar dano ao erário como requisito à consumação de tal infração penal.

Por conseguinte, almeja-se que os Ministros do Superior Tribunal Militar e que os Juízes Federais da Justiça Militar da União, diferentemente do que faz o Supremo Tribunal Federal, no ponto, ofertem à população brasileira uma proteção penal estatal eficiente.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do crime organizado*. Florianópolis: Ibraad, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. R. Bras. de Dir. Público, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 213-227, out./ dez. 2004.

BATOCHIO, José Roberto. Poder investigatório do Ministério Público. *Ciência Jurídica*, ano 19, v. 125, p. 284-297, set./nov. 2005.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo*. A Força Policial, São Paulo, n. 43, p. 9-15, jul./set. 2004.

COSTA, Ana Cláudia et al. Polícia invade Complexo do Alemão. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 nov. 2010. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/11/28/policia-invade-complexo-do-alemao-923129542.asp>. Acesso em: 27 mar. 2019.

COSENZO, José Carlos. O Ministério Público e o combate ao crime organizado. *Conamp* – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, São Paulo, nov. 2010. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=149>. Acesso em: 27 mar. 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O poder investigatório do Ministério Público. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 60, p. 25-26, abr. 2003.

HABIB, Sérgio. O poder investigatório do Ministério Público. *Consulex*, ano 7, n. 159, p. 14-16, ago. 2003.

GREGHI, Fabiana. *A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma crimi-nal imposto pela criminalidade organizada*. 2009. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao\\_de\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2019. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais da Universidade de Anhanguera – Uniderp/ Rede LFG.

GOMES, Luís Flávio; Cervini, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HUNGRIA, Néelson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal: dec-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. arts. 1º ao 12*. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *RT/ Fascículo Penal*, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 411-451, jan. 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. Lavagem ou ocultação de bens: Lei n. 9.613, 3.3.1998. In: Gomes, Luís Flávio (Coord.). *Legislação criminal especial*. 2.

ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 636-790.  
(Coleção Ciências Criminais. v. 6).

LOPES, José Reinaldo de Lima. Bem comum, política e direitos humanos. In: *Encontro do MPU*, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESMPU, 2001.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizon-te: Del Rey, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da competência do Ministério Público e atividade política. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 698, p. 25-30, dez. 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Promotores no inquérito policial*. Estudos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Alguns casos de atuação do Ministério Público. *Revista dos Tribu-nais*, São Paulo, v. 688, p. 252-255, fev. 1993.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrin. *Processo penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Atlas, 1992.  
Noronha, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PELLEGRINI, Angiolo; Júnior, Paulo José da Costa. *Criminalidade organizada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, Luís Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Calos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *O Poder Investigatório do Ministério Público*. *Con-sulex*, ano 8, n. 184, p. 7-10, set. 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, deveres de proteção e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: Carneiro, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Con-trole de constitucionalidade*:

direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 143-169.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado*. 2. ed. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A Dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida (Coord.) et al. *Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

WELZEL, Hans. trad. REZENDE, Afonso Celso. *Direito Penal*. Título original em alemão Strafrechts. Campinas: Romana, 2003.

