

# O Impacto das Decisões de Tribunais de Contas sobre o Exame Judicial da Tipicidade Objetiva do Crime de Dispensa ou Inexigibilidade Ilegal de Licitação (art. 89, Lei 8.666/93) e do Novo Crime de Contratação Direta Ilegal (art. 337-E, CP)<sup>1</sup>

*The Impact of Court of Auditors Decisions on the Judicial Examination of the Objective Type of the Crime of Illegal Dispense or Non-Requirement of Bidding (art. 89, Law 8.666/93) and of the New Crime of Illegal Direct Public Procurement (art. 337-e, cp)*

*El Impacto de las Decisiones del Tribunal de Cuentas en el Examen Judicial del Tipo Objetivo del Delito de Dispensación Ilegal o Inexigibilidad de Licitación Pública (art. 89, Ley 8.666/93) y del Nuevo Delito de Contratación Directa Ilegal (art. 337-e, cp)*

Raquel Lima Scalcon<sup>2</sup> / Felipe Longobardi Campana<sup>3</sup>

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.388>

**Resumo:** Este artigo indaga se uma decisão de Tribunal de Contas (TC) sobre a legalidade de uma dispensa ou inexistência de licitação (a chamada “contratação direta”) deve influenciar o juízo de tipicidade objetiva dos crimes do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do Código Penal. A questão é relevante, porque referidos tipos penais são construídos a partir de uma remissão a normas jurídicas acessórias de Direito Administrativo, as quais um Tribunal de Contas, na sua função de controle e fiscalização, também tem competência para interpretar e aplicar. Assim, para responder ao problema lançado, analisam-se as peculiaridades das descrições típicas e seus impactos no juízo de tipicidade objetiva da conduta, situando a discussão no âmbito da teoria do delito. Após, a atuação dos Tribunais de Contas é estudada naquilo que importa ao recorte do texto e, por fim, são analisadas possíveis repercussões de suas decisões sobre a instância judicial-penal.

**Palavras-chave:** Art. 89 da Lei 8.666/93. Art. 337-E do Código Penal. Tipicidade objetiva. Decisão de Tribunal de Contas. Independência das instâncias.

**Abstract:** This article seeks to solve the following problem: what is the influence that a decision of a Court of Auditors on the crime of the article 89 of the Law 8.999/93 and on the crime of the article 337-E of the Criminal Code? This problem arises because the typical description of the crime contains a normative element whose competence to decide also belongs to the Court of Auditors. Therefore, in the first place, the article analyzes the mentioned crime and the problems involved. Secondly the article does a brief presentation of the competence of the Court of Auditors and, finally, analyses the types of influences of her decisions on judicial sphere, taking a reasoned position at the end.

**Keywords:** Article 89 of the Law 8.999/93. Article 337-E of the Criminal Code. Decisions of Court of Auditors. Independence of instances.

1 Artigo recebido em 26/10/2020 e aprovado em 22/04/2021.

2 Professora de Direito Penal na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

3 Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Resumen:** Este artículo pregunta si una decisión del Tribunal de Cuentas (TC) sobre la legalidad de una dispensa o falta de licitación (la llamada “contratación directa”) debe influir en el juicio de tipicidad objetiva de los delitos del art. 89 de la Ley 8.666/93 y del art. 337-E del Código Penal. La pregunta es relevante, porque estos tipos delictivos se construyen a partir de una referencia a normas jurídicas accesorias del Derecho Administrativo, que un Tribunal de Cuentas, en su función de control y fiscalización, también tiene competencia de interpretar y aplicar. Así, para dar respuesta al problema planteado, se analizan las peculiaridades de las descripciones típicas y su impacto en el juicio de tipicidad objetiva de la conducta, colocando la discusión en el ámbito de la teoría del delito. Posteriormente, se estudia la actuación de los Tribunales de Cuentas en lo que atañe al recorte del texto y, finalmente, se analizan las posibles repercusiones de sus decisiones en la instancia judicial-penal.

**Palabras clave:** Art. 89 de la Ley 8.666/93. 337-E del Código Penal. Tipicidad objetiva. Decisión del Tribunal de Cuentas. Independencia de las instancias.

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito de julgamento criminais, o argumento “independência entre as instâncias” é frequentemente utilizado, grosso modo, para *desvincular* juízo judicial e juízo administrativo relativamente à qualificação jurídica de fatos que, a um só tempo, podem se subsumir tanto a tipos penais quanto a infrações administrativas. De forma simplificada, a expressão sustenta a ideia de que uma prévia manifestação da instância administrativa sobre a legalidade da conduta não aporta qualquer tipo de consequência para um posterior juízo penal.

Será a ideia consistente? Inegavelmente, a redação de certos tipos penais relaciona – ao menos em algum grau – direito penal e direito administrativo. Isso ocorre sobretudo quando há recurso a elementos de remissão, sejam eles leis, atos normativos gerais, atos normativos individuais ou elementos normativos. É o caso dos crimes dispostos no tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 e no tipo penal do art. 337-E do Código Penal (CP), ora objetos de nosso exame. Com o primeiro, criminaliza-se a conduta de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”. Já com o segundo, criminaliza-se a conduta de “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

“Dispensar” ou “inexigir” licitação nada mais são do que as duas espécies do gênero “contratação direta”. Assim, da leitura dos tipos penais, fica claro que somente haverá potencial tipicidade objetiva quando a decisão do gestor público de dispensar ou de inexigir o procedimento licitatório (i. é., realizar uma contratação direta) não estiver de algum modo albergada nas hipóteses em que o *Direito Administrativo* torna a licitação dispensada, dispensável ou

inexigível. Portanto, o entrelaçamento entre Direito Penal e Direito Administrativo é, aqui, inegável.

A discussão proposta neste artigo não confronta a conclusão acima, mas indaga sobre uma eventual consequência dela decorrente: se a legalidade da dispensa e/ou inexigibilidade é também avaliada por um órgão controlador (especialmente os Tribunais de Conta), qual o impacto do juízo proferido por essa instância *não judicial* sobre o exame judicial de tipicidade objetiva do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do crime do art. 337-E do CP? Haverá, afinal, repercussão? E por quê?

Como referido no início do texto, é recorrente, na prática das cortes judiciais brasileiras, o recurso ao vago argumento da “independência das instâncias” para negar qualquer repercussão. Cremos, contudo, que se trata de conclusão apressada. Buscaremos testá-la com um método indutivo, recorrendo a um pequeno grupo de casos que irá, inicialmente, melhor ilustrar o problema (abaixo nº 2). Na sequência, iremos analisar dogmaticamente os tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, indicando que a discussão impacta especialmente o juízo de tipicidade objetiva (abaixo nº 3). Adentraremos, então, na análise das diferentes possibilidades de repercussão das manifestações do TC (abaixo nº 4) e, por fim, apresentaremos propostas de solução aos casos (abaixo nº 5).

Necessário alertar o leitor desde já que o tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 foi recentemente revogado pela Lei 14.133/21, que passou a criminalizar a mesma conduta por meio da inclusão do art. 337-E no Código Penal, sob a epígrafe “Contratação direta ilegal”

Porém, em que pese a mudança legislativa, é necessária a manutenção da análise do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 por duas razões evidentes: (i) *Continuidade da aplicação do art. 89*: tendo em vista

que a mencionada modificação legislativa aumentou os marcos penais da pena privativa de liberdade do crime, que passaram de 3 a 5 anos para 4 a 8 anos, o tipo penal do art. 337-E do CP é considerada uma lei posterior mais grave e, como tal, nos moldes do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, *contrario sensu*, não pode retroagir. Sendo assim, o art. 89 da Lei 8.666/93 continuará sendo aplicado a todos os fatos anteriores à entrada em vigor da Lei 14.133/21 e (ii) *Manutenção do problema proposto*: apesar de a redação do tipo penal ter se modificado, não houve uma mudança substancial – conforme será demonstrado abaixo. Ao contrário, a técnica de remissão às normas de Direito administrativo foi mantida (“fora das hipóteses previstas em lei”), de modo que o problema ora proposto se mantém.

## 2. GRUPO DE CASOS

Como ponto de partida, narraremos duas situações comuns na prática judicial. Ambas trazem, em si, o mesmo problema: potencial reflexo da interpretação de Tribunais de Contas acerca da legalidade do ato de dispensa ou de inexigência de licitação sobre o exame judicial da tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93<sup>4</sup>.

Caso 1: o Prefeito de um determinado Município realizou a compra direta de fardos e galões de água no valor de R\$ 17.531,50, dispensando a realização de licitação, com base na hipótese do art. 24, inc. II, da Lei 8.666/93. O Tribunal de Contas do Estado deu parecer contrário às contas do prefeito e entendeu que a referida dispensa era ilegal<sup>5</sup>.

Caso 2: o Prefeito de um determinado Município realizou a contratação direta de uma empresa para aquisição de combustíveis e lubrificantes para os veículos da prefeitura no valor de R\$ 134.013,36, entendendo estar em hipótese de inexigibilidade de licitação. Ao analisar as contas do Município, o Tribunal de Contas do Estado deu parecer favorável especificamente a esta contratação<sup>6</sup>.

Para os dois casos, pergunta-se: considerando que o Prefeito foi denunciado pelo crime do art. 89 da Lei 8.666/93, qual deve ser o impacto de tais decisões dos TCs sobre o exame judicial da tipicidade objetiva do delito em questão? Ao julgar a legalidade da dispensa ou da inexigência, poderia o juízo penal contrariar a avaliação feita pelo órgão controlador quanto à qualificação jurídica de idênticos fatos?

## 3. A ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO TIPO PENAL DO ART. 89 DA LEI 8.666/93 E DO TIPO PENAL DO ART. 337-E DO CP

Para entender se haveria e, em caso positivo, qual seria a repercussão de manifestações do Tribunal de Contas na análise da responsabilidade penal de gestores públicos quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93 e também do art. 337-E do CP, é preciso, antes, examinar as características de suas descrições típicas, claramente construídas com recurso a elementos de remissão. É o que se passa a realizar.

### 3.1. Teoria da incriminação<sup>7</sup>: a construção abstrata dos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP

O art. 89 da Lei 8.666/93 criminaliza duas condutas principais: (i) dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei e (ii) não exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei. O art. 337-E do CP criminaliza exatamente as mesmas duas condutas, porém utiliza o gênero “contratação direta” ao invés das espécies “dispensa” ou “inexigência” de licitação<sup>8</sup>.

Para que se possa compreender a forma de construção destes tipos penais, é preciso passar pela definição dos seus diferentes elementos.

4 Dada a recente inclusão do art. 337-E do CP no Direito positivo brasileiro, não foi possível encontrar decisões judiciais que o analisassem.

5 Com base no seguinte caso: STJ, RHC n. 37.323/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.11.2014, DJe 02.12.2014.

6 Com base no seguinte caso: STJ, HC n. 88.370/RS, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Filho, j. em 07.10.2008, DJe 28.10.2008.

7 Com o termo “teoria da incriminação” quer-se designar aqui a análise do momento de construção da proibição penal pelo legislador, o que engloba tanto a análise sobre os fundamentos materiais para a incriminação da conduta, como o bem jurídico tutelado e a estrutura do delito, quanto a taxatividade dos elementos que a compõe.

8 Essa relação de gênero e espécie extrai-se do art. 72 da Lei 14.133/21, que diz: “O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído...”

### 3.1.1. Dispensar e inexigir licitação<sup>9</sup> (contratação direta)

De acordo com o art. 37, inc. XXI, da CF, a regra geral é de que a Administração Pública, direta e indireta, deve realizar suas contratações mediante prévia licitação<sup>10</sup>. Trata-se de procedimento administrativo composto por diversos atos, tanto da própria Administração quanto dos licitantes, em que o ente público possibilita que todos os interessados formulem propostas e, a partir de critérios objetivos previamente estabelecidos, seleciona a proposta mais convincente à satisfação das funções estatais<sup>11</sup>. Portanto, os objetivos da licitação são, basicamente, selecionar a melhor proposta para a Administração Pública e garantir a isonomia entre os interessados<sup>12</sup>.

No entanto, em certos casos, o procedimento formal da licitação poderia conduzir ao não atingimento destes objetivos, razão pela qual o legislador conferiu ao administrador público certa flexibilidade<sup>13</sup>, permitindo excepcionalmente a contratação direta, sem licitação<sup>14</sup>. Trata-se das hipóteses de dispensa e de inexigência de licitação, que se diferenciam pela *possibilidade de competição*.

A *dispensa* é a forma de contratação direta na qual é possível a competição por meio de licitação, mas a lei confere discricionariedade à Administração

Pública para que decida se realizará ou não. A *inexigibilidade* é a forma de contratação direta na qual não é possível a competição<sup>15</sup>, “porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração”<sup>16</sup>.

Portanto, grosso modo, pode-se conceituar os elementos “dispensar” e “inexigir” do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 como formas de “contratação direta” pela Administração Pública<sup>17</sup>, que é elemento do tipo penal do art. 337-E do CP.

Há que se ressaltar que a redação do art. 337-E do CP fez mais um acréscimo em comparação com a redação do art. 89 da Lei 8.666/93. Vejamos.

Para proibir as condutas em questão, o art. 89 utilizava-se de verbos que já denotavam o próprio resultado, vale dizer, criminalizava “dispensar” ou “inexigir” licitação, o que significa dizer que estavam proibidas condutas que realizassem a “dispensa” e/ou a “não exigência” de licitação, levantando a dúvida sobre quais formas de contribuição para a dispensa ou para a inexigência de licitação estariam proibidas.

Com o advento do art. 337-E do CP, o legislador incluiu três verbos “admitir”, “possibilitar” ou “dar causa” à “contratação direta” (ou à dispensa ou inexigência de licitação). Tais inclusões nada mais são do que especificações de quais contribuições dos agentes para a dispensa e/ou inexigência de licitação estão proibidas. Vale dizer, cometerá o crime aquele que admitir a dispensa ou inexigência; aquele que possibilitá-las e aquele que lhes der causa.

Repare que estas inclusões esclarecem que o espectro neste novo tipo penal parece abranger não só quem efetivamente toma a decisão de dispensar ou de não exigir a licitação para a contratação pública, mas também outros participantes neste processo, sejam eles funcionários públicos ou particulares.

No entanto, apesar de tais mudanças de redação serem muito relevantes, com importantes repercussões dogmáticas para fins de ampliação do espectro do tipo penal, elas não impactam o problema proposto neste artigo, uma vez que foi mantida a principal característica do tipo penal: a remissão a pre-

9 Helena da Costa alerta para o fato de que a palavra “inexigir” não é aceita por dicionários de língua portuguesa, mas é utilizada, por ser o termo empregado pelo próprio legislador (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação: reflexões sobre os novos rumos da jurisprudência brasileira*. In. *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 189, nota 3).

10 Segundo explica Justen Filho “A Constituição acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 390).

11 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 373. No mesmo sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual., São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 536-538. Também JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 15-16. FAYET JÚNIOR, Ney. CURVELO, Alexandre Schubert. Da análise das condutas nas licitações públicas a partir de critérios substanciais – entre a discricionariedade, a ilegalidade e a infração penal. In. FAYET JÚNIOR, Ney. MAYA, André Machado (Orgs.). *Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 262.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 538.

13 Entendendo que tanto as hipóteses de dispensa quanto as de inexigibilidade são atos discricionários, cf. FAYET JÚNIOR, Ney. CURVELO, Alexandre Schubert. *op. cit.*, p. 265. Em sentido contrário, entendendo que até algumas hipóteses de dispensa são vinculantes, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 395-397.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 390-391.

15 Art. 74 da Lei 14.133/21.

16 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 395. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 397. O autor explica que “A Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa da licitação” (Ibid., idem). Também, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 557-559.

17 Nesse sentido, BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 886; COSTA, Helena Regina Lobo da. *op. cit.*, p. 190; BALDAN, Édson Luis. *Crimes de licitações*. In. LAVORENTI, Wilson (Coord.). *Lei penais especiais* anotadas. 13. ed., São Paulo: Millennium, 2016, p. 194-195.

ceito de Direito administrativo (“contratação direta” equivaleria a “dispensar” ou a “inexigir” licitação).

### 3.1.2. Fora das hipóteses previstas em lei

Na medida em que a *dispensa* e a *inexigibilidade* são formas excepcionais de contratação por parte da Administração Pública, o legislador estabeleceu hipóteses nas quais concede a referida discricionariedade ao administrador. Na Lei 8.666/93, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade encontram-se, respectivamente, nos arts. 17 e 24<sup>18</sup> e art. 25<sup>19</sup>. Já na Lei 14.133/21, as hipóteses de inexigibilidade e dispensa encontram-se, respectivamente, nos arts. 74 e 75<sup>20</sup>.

Importante pontuar que a Lei da Pandemia (Lei 13.979/20) criou novas hipóteses *temporárias* de dispensa (vigentes durante o estado de emergência de saúde internacional), que seguramente impactam a verificação do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do crime do art. 337-E do CP.

Partindo da diferença conceitual destas duas formas de contratação direta, a doutrina entende, majoritariamente, que as hipóteses de *dispensa* de licitação são um rol taxativo, que não comporta ampliação. Isso porque seriam exceções à regra da obrigatoriedade da realização de licitação quando houver competitividade e, sendo assim, devem ser interpretadas restritivamente. Por outro lado, as hipóteses de *inexigibilidade*, de acordo com texto expresso do art. 25 da Lei 8.666/93 e do art. 74 da Lei 14.133/21, comportariam interpretação extensiva, pois são consequência da impossibilidade de competição, o que pode ser verificado em inúmeras situações concretas não claramente previstas nos incisos do mencionado artigo<sup>21</sup>.

Logo, a elementar típica “fora das hipóteses previstas em lei” pode ser entendida como um elemento negativo, ou seja, estará preenchida quando a contratação direta (dispensa ou a *inexigibilidade* da licitação) não estiver abarcada pelas regras que a autoriza, sendo, por isso, ilegal.

18 Di Pietro separa didaticamente as hipóteses em quatro categorias: a) pequeno valor; b) situações excepcionais; c) objeto e d) pessoas (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 398).

19 Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 1171.

20 É necessário continuar considerando as duas redações, pois, de acordo com o art. 191 da Lei 14.133/21, pelo período de 2 (dois) anos da publicação da lei, os gestores públicos poderão optar por contratações diretas nos moldes da antiga ou da nova lei.

21 Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 397. No mesmo sentido, BALDAN, Édson Luis. *op. cit.*, p. 195.

### 3.1.3. A acessoriedade administrativa do tipo penal

Da análise dos diferentes elementos do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 e do tipo penal do art. 337-E do CP, é possível afirmar que há evidente relação de dependência com os conceitos do Direito Administrativo (trata-se, pois, de tipos penais dotados de acessoriedade administrativa). Essa acessoriedade administrativa costuma ser classificada em três espécies: (i) *acessoriedade conceitual*: termo ou expressão que designa institutos ou objetos do Direito Administrativo, apropriando-se do sentido que lhes atribui<sup>22</sup>; (ii) *acessoriedade normativa geral*: remissão às normas gerais de Direito Administrativo previstas em leis, decretos, etc., que não tenham um destinatário determinado ou determinável, mas sim que seja algo geral e abstrato<sup>23-24</sup> e (iii) *acessoriedade normativa individual*: remissão às normas permissivas de eficácia individual, estabelecidas por atos

22 Um exemplo desta espécie é o crime disposto no art. 38 da Lei 9.605/98 que dispõe: “Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente...”, pois o conceito de “área de preservação permanente” é dado pelo Código Florestal (art. 3º, inc. II, da Lei 12.651/12).

23 Horta apresenta uma subdivisão em: acessoriedade normativa geral proibitiva, na qual a norma incriminadora é composta pela remissão a uma infração de uma ordem ou proibição administrativa contida naquele ato legislativo, e acessoriedade normativa geral permissiva, na qual a norma incriminadora, já proibitiva, faz uma remissão às normas administrativas permissivas, que limitam a norma de comportamento penal (HORTA, Frederico. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. 2012, Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2012, p. 248).

24 Um exemplo da acessoriedade normativa geral proibitiva é o crime de tráfico de drogas, disposto no art. 33 da Lei 11.343/06, que dispõe: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Um exemplo de acessoriedade normativa geral permissiva, conforme menciona Horta (Ibid., p. 249), é o crime disposto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, que dispõe: “Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”. Repare que, no primeiro, a remissão é que torna a conduta proibida efetivamente, enquanto no segundo a conduta já é proibida e a remissão apresenta uma hipótese de permissão àquela conduta.

administrativos destinados a pessoas determinadas ou determináveis<sup>25-26</sup>.

Nos tipos penais em análise, os termos “dispensar” e “inexigir” do art. 89 da Lei 8.666/93 e o termo “contratação direta” do art. 337-E do CP já são conceitos específicos de Direito Administrativo, tratando-se, pois, de acessoriedade conceitual<sup>27</sup>. Porém, embora fosse suficiente afirmar simplesmente “dispensar ou inexigir licitação” ou “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta”, pois estaria implícito que seriam condutas contrárias às regras legais, o legislador utilizou uma segunda remissão expressa – “fora das hipóteses previstas em lei”.

Com isso, o legislador criou uma norma incriminadora, proibindo dispensas ou inexigências de licitações (i. é., contratação direta), mas fez referência à norma administrativa que, excepcionalmente, as autoriza, o que parece indicar que há uma acessoriedade normativa geral permissiva.

Em suma, apesar da aparente redundância (na medida em que os conceitos de “dispensar”; “inexigir” e “contratação direta” são construídos a partir das hipóteses permissivas elencadas pela Lei), esta repetição pode indicar que o legislador utilizou estes termos de forma atécnica, colocando o centro da acessoriedade na remissão à regra geral permissiva<sup>28</sup>. No entanto, seja qual for a espécie de acessoriedade

que se adote, conceitual ou normativa geral permissiva, fato é que tais expressões constituem *elementos normativos da lei penal* e, como tais, são essenciais à construção e à interpretação do tipo penal objetivo, gerando uma forte dependência entre Direito Penal e Direito Administrativo<sup>29</sup>.

## 3.2. Teoria do delito: a localização do problema

Até o presente momento, fez-se análise meramente exegética do texto legal do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP. Com a constatação de que os crimes em questão, pelas redações dos tipos, demandam exames próprios do Direito Administrativo<sup>30</sup>, quer-se agora indicar os impactos dessa constatação nos pressupostos de análise judicial da responsabilidade penal de gestores públicos.

### 3.2.1. Tipo objetivo: desvalor objetivo da conduta

Ao se analisar se um indivíduo pode ser responsabilizado pelo crime do art. 89 da Lei 8.666/93 ou pelo art. 337-E do CP, o primeiro juízo que deve ser feito é o da tipicidade objetiva, ou seja, verificar se é possível subsumir a conduta concreta praticada por este indivíduo aos diferentes elementos do tipo penal acima delimitados.

Quando se tratar de crimes de resultado<sup>31</sup>, este juízo de tipicidade objetiva é incrementado por um conteúdo valorativo trazido pela teoria da imputação objetiva do resultado, que exige não só a causação ou mesmo a vontade de realização do tipo, mas também a *criação de um risco* aos bens jurídicos tutelados<sup>32</sup>.

25 Nesse sentido, GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 58, pp. 152-194, jan./fev., 2006, p. 160-161; HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 247-250. Ver ainda FALAVIGNO, Chiavelli. A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMais, 2020, passim.

26 Um exemplo da acessoriedade normativa individual é o crime disposto no art. 29 da Lei 9.605/98, que dispõe: “Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”. Repare que, novamente, a conduta já está proibida no tipo e a remissão apresenta possibilidades de permissão de realização desta conduta, mas permissões atribuídas individualmente às pessoas e não de forma geral e abstrata.

27 Nesse sentido, HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 248. Próximo parece o entendimento de Justen Filho ao afirmar que: “As expressões ‘dispensa’ e ‘inexigência’ de licitação são utilizadas no sentido próprio dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993. Abrangem, ainda, os casos do art. 17, I e II” (JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 1171).

28 Um tipo penal em que também parece ocorrer esta utilização atécnica é o crime de quebra de sigilo, disposto no art. 10 da Lei Complementar 105/01, pois o tipo penal dispõe que “a quebra de sigilo constitui crime” e depois acrescenta “fora das hipóteses autorizadas nesta lei complementar”. Se o termo “quebra de sigilo” for utilizado de forma técnico-jurídica, não seria necessário colocar o complemento permissivo na sequência, pois a própria lei elenca, no art. 1º, §3º, as hipóteses em que “não há violação de sigilo”.

29 Sobre a discussão, ver HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 253-254. Entendendo se tratar de lei penal em branco, pelo fato de as hipóteses de dispensa e inexigibilidade e as formalidades serem estabelecidas pela Lei de Licitações, cf. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op. cit.*, p. 885.

30 Afirma Horta: “... a determinação do crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações (n. 8666/93) por meio dos termos ‘dispensa’ e ‘inexigibilidade’ de licitação, que são definidos respectivamente pelas hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da mesma lei, as quais por sua vez são objeto de complexa elaboração hermenêutica e rica jurisprudência. Pois ao mencionar a dispensa ou inexigibilidade de licitação, a norma incriminadora da omissão irregular do procedimento licitatório incorpora ao direito penal toda uma tradição conceitual administrativista, dela extraindo os seus limites próprios nessa seara...” (HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 248).

31 Entende-se aqui crime de resultado como aquele tipo penal que, para a consumação, exige a ocorrência de um evento naturalístico diverso da conduta, em contraposição ao crime de mera conduta como aquele tipo penal que, para a consumação, exige simplesmente a prática de uma conduta.

32 GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28-31 e 35-44.

Porém, não se trata de qualquer conduta arriscada, mas somente daquelas que sejam *juridicamente desaprovadas*<sup>33</sup>.

A análise desta desaprovação jurídica é feita a partir de um juízo de ponderação entre o interesse de proteção do bem jurídico e o interesse de liberdade do cidadão, juízo este que, muitas vezes, já está previamente definido em *normas de segurança*<sup>34</sup>. Significa dizer que, se determinada conduta for considerada arriscada, mas estiver de acordo com uma norma de segurança, terá criado um *risco permitido* e, conseqüentemente, não poderá ser objetivamente típica.

Assim, pode-se concluir que *todo tipo penal* apresenta algum grau ou forma de remissão a normas de segurança ou *extrapenais*<sup>35</sup>, pois quando se faz o juízo sobre se a conduta concreta é ou não típica, deve-se analisar se o risco por ela criado é ou não juridicamente desaprovado e, em boa parte dos casos, normas extrapenais de segurança auxiliam nesta análise.

Porém, principalmente a partir da separação da teoria da imputação objetiva do resultado em dois momentos diferentes, o do comportamento típico, relacionado ao desvalor da conduta, que engloba a criação do risco e sua desaprovação jurídica, e o da imputação, relacionada ao desvalor do resultado<sup>36</sup>, a exigência do conteúdo valorativo de desaprovação

jurídica do risco criado não se limitou aos crimes de resultado, mas também pode ser aplicada aos crimes de mera conduta.

Vale dizer, a exigência de que se verifique a desaprovação jurídica do risco criado tornou-se ainda mais presente na formação da norma de comportamento de qualquer tipo penal, inclusive os tipos penais de mera conduta, como é o caso do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

Assim, em tipos penais de mera conduta, pode-se dizer que, para o juízo de tipicidade objetiva, é necessária não só a mera subsunção da conduta ao tipo, mas também a verificação de que esta conduta<sup>37</sup> é juridicamente desaprovada. Como exemplo, cita-se o crime de gestão temerária, disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, que, apesar de não se tratar de um crime de lesão e de resultado, exige que sejam analisadas as normas de segurança e regulação das atividades financeiras para a realização do juízo de tipicidade objetiva da conduta<sup>38</sup>.

Porém, conforme destaca Greco, a partir desta constatação, a pergunta que deve ser feita é: se todo tipo penal contém alguma remissão, qual a diferença entre aqueles tipos que não têm uma referência expressa e aqueles tipos que têm referência expressa a essa remissão? <sup>39</sup> A diferença, segundo o mencionado autor, é a definição do *risco permitido* e/ou da conduta permitida.

33 Greco afirma com clareza: “Apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito” (Ibid., p. 50).

34 Segundo Greco: “É claro que essa ponderação não precisará ser feita toda vez que o juiz for julgar um acidente de trânsito ou de trabalho, porque, como logo veremos, há normas específicas que regulam estas situações e que devem ser entendidas como concretização do juízo ponderativo. Mas o juiz deve ter em mente que, por trás destas normas, encontra-se em regra uma tal ponderação, porque a ele incumbe avaliar em que medida a norma pode ser entendida como a concretização acertada do risco permitido” (Ibid., p. 58).

35 Nesse sentido, GRECO, Luís. A relação..., *op. cit.*, p. 169. No mesmo sentido, afirma Pastor Muñoz: “...o fenômeno da remissão não é pontual, mas sim global e constitui um elemento intrínseco à definição dos padrões de conduta jurídico-penais. Com efeito, a remissão a instâncias externas ao legislador penal não é um fenômeno exclusivo da técnica de leis penais em branco, das cláusulas de autorização, dos elementos normativos do tipo ou – tomando o exemplo da legislação penal atual – dos programas de compliance, mas sim a remissão a instâncias externas à lei penal forma parte da dogmática do delito imprudente e, na realidade, de toda a dogmática do tipo objetivo...” (PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidade. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona: Atelier, 2019, p. 23 – tradução livre).

36 Sobre essa distinção entre desvalor objetivo da conduta como aspecto do juízo de comportamento típico e desvalor objetivo do resultado como aspecto do juízo de imputação, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 47-58.

37 Aqui utilizou-se a expressão “conduta”, pois para crimes de mera conduta e perigo abstrato, como é o caso do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 (cf. LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexistência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993). In: *Revista Brasileira de ciências criminais*, v. 104, pp. 13-29, set./out. 2013, p. 22), há certa dúvida sobre se o conceito de “risco” como “possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico” (cf. GRECO, Luís. Um panorama..., *op. cit.*, p. 39) é aplicável. De qualquer forma, para o que aqui se discute não há dúvida de que condutas subsumíveis a tipos penais de perigo abstrato e mera conduta, mas que respeitam normas de segurança podem ser condutas permitidas, razão pela qual não se observa perda de conteúdo com a mudança terminológica.

38 Não por acaso, aprovou-se, na I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2020, o seguinte Enunciado (n. 23), que bem ilustra a questão acima referida: “O crime de gestão temerária de instituição financeira exige a demonstração da violação das regras e parâmetros objetivos de gerenciamento de riscos e limites operacionais na administração, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, instituídos pelas autoridades de regulação do sistema financeiro nacional”.

39 Segundo Greco: “Esta referência, a rigor, tem menos relevância para fixar o conteúdo do proibido do que tradicionalmente se supõe, uma vez que mesmo nos tipos em que ela não é feita de modo expresso, como no homicídio, acaba-se recorrendo ao direito administrativo para fixar o alcance exato da proibição. Qual a diferença, então, entre as normas que fazem referência expressa ao direito administrativo infralegal e aquelas que não o fazem? Porque tem de existir alguma diferença, senão seria até mesmo desnecessário que o legislador mencionasse expressamente a contrariedade ao direito administrativo infralegal entre os pressupostos do delito” (GRECO, Luís. A relação..., *op. cit.*, p. 169).

Em tipos penais nos quais *não há* uma referência expressa a uma acessoriedade administrativa, a análise sobre o respeito ou contrariedade a uma norma administrativa é somente um dos critérios para se definir se um risco criado é ou não juridicamente desaprovado. Logo, deverão ser analisados, no caso concreto, também outros critérios relevantes como o princípio da confiança, o comportamento contrário ao *standard geral* do homem prudente, etc.<sup>40</sup>. Por outro lado, em tipos penais como o art. 89 da Lei 8.666/93 e o art. 337-E do CP, em que há uma expressa remissão à norma administrativa já na descrição típica, o respeito ou contrariedade a esta norma é o critério absolutamente *decisivo* para definir se a conduta é ou não permitida<sup>41</sup>.

Importante destacar que, nos tipos penais em análise, esta conclusão é ainda mais evidente. Isso porque as normas administrativas *permissivas* a que fazem referência (“fora das hipóteses previstas em lei”) integram uma lei ordinária. Portanto, não há dúvida de que uma conduta de *dispensa* ou de *inexigência* de uma licitação (contratação direta) que esteja albergada pelas hipóteses legais dos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 ou dos arts. 74 e 75 da Lei 14.133/21 será uma conduta *autorizada* pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, não poderá ser objetivamente típica para os referidos crimes.

No entanto, o contrário não é verdadeiro, pois o fato de uma conduta estar em desacordo com a referida norma administrativa a que faz remissão o tipo penal não pode significar, automaticamente, que estamos diante de uma conduta jurídico-penalmente desaprovada. O Direito Penal exigirá outros exames

e critérios, para além da avaliação do Direito Administrativo, para concluir que a conduta é criminosa<sup>42</sup>.

Evidente que, quando se trata de elemento normativo da lei penal, essencial, portanto, à construção do tipo penal, a proximidade entre juízo administrativo e juízo penal é potencializada. Contudo, para além de se reconhecer a infração à norma de Direito Administrativo acessória, será imprescindível constatar a ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado<sup>43</sup>. O juízo penal é – e deve ser – mais exigente em requisitos do que o juízo administrativo sancionador.

### 3.2.2. A interpretação da norma acessória por instância diversa da judicial penal: a localização do problema

Do apresentado até o momento, observou-se que, nas situações em que a instância judicial penal, ao apreciar os fatos, entender que se está diante de uma conduta de dispensa ou inexigência (contração direta) albergada pelas hipóteses legais dos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 e dos arts. 74 e 75 da Lei 14.133/21 (e também pelas hipóteses legais permissivas temporárias da “Lei da Pandemia” – Lei 13.979/20), tratar-se-á de uma conduta objetivamente atípica para o art. 89 da Lei 8.666/93 ou para o art. 337-E do CP. Por outro lado, quando entender que a conduta está em desacordo com tais hipóteses, ainda precisará fazer ulteriores análises, de conteúdo penal, para afirmar que há uma conduta jurídico-penalmente típica e desaprovada.

Ocorre que a acessoriedade conceitual e a acessoriedade administrativa geral dos tipos penais, dentre os quais a do tipo do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, podem apresentar um segundo problema, agora *relacionado à coerência do sistema normativo*: o de que as normas acessórias também são interpretadas e aplicadas por instâncias administrativas. Em outras palavras, as remissões dos

40 GRECO, Luis. A relação..., *op. cit.*, p. 169. Greco esclarece que, nos tipos penais em geral, cuja remissão não é expressa, “... tendo em vista que essas normas se referem a situações genéricas, da qual a realidade pode diferir consideravelmente, nem sempre a violação da norma fundamentará risco proibido, e nem tampouco a obediência sempre fará do risco algo permitido” (GRECO, Luis. Um panorama..., *op. cit.*, p. 59). No mesmo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico. In. *Revista brasileira de ciências criminais*. vol. 99, pp. 327-356, nov./dez. 2012, p. 330.

41 Afirma Greco: “Já quando a norma penal em seu próprio enunciado exige a contrariedade à norma administrativa infralegal ou a ato administrativo concreto, declara ela que este critério será o decisivo, tornando-se vedado recorrer apenas aos outros critérios para fixar o alcance da proibição” (GRECO, Luis. A relação..., *op. cit.*, p. 169). No mesmo sentido, Silva Sánchez afirma que: “No caso dos tipos configurados como leis penais em branco, parece claro que a permissão administrativa de um risco engloba um espaço de atipicidade penal por risco permitido, pois, com efeito, em tais casos se cede a resolução do conflito inerente à tipicidade à Administração, no lugar do legislador ou o juiz penal efetuaem a ponderação” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *op. cit.*, p. 330).

42 Esta é a problemática da relação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. Para os crimes em questão, a pergunta é: há uma diferença qualitativa e, em caso positivo, qual é o conteúdo desta diferença entre os tipos penais de perigo abstrato e mera conduta do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP e a infração administrativa de dispensar ou não exigir licitação fora das hipóteses autorizadas por lei. Por questões de espaço e coerência argumentativa, não enfrentaremos esta problemática. O Supremo Tribunal Federal ocupou-se, indiretamente, desta questão no julgamento do Inq. 2482, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 15.09.2011, quando se exigiu como conteúdo específico do tipo penal um resultado de dano ao erário não escrito no tipo, e uma conseqüente vontade de atingir este resultado. A favor desta exigência, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 1172-1173. Críticos desta decisão, cf. LEITE, Alaor. *op. cit.*, p. 18-23 e COSTA, Helena Regina Lobo da. *op. cit.*, p. 193-194.

43 HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 250-251.

tipos penais fazem referência, muitas vezes, a proibições ou permissões de Direito Administrativo que também serão objeto de análise por autoridades administrativas e/ou controladores.

Tratando especificamente do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, teremos situações em que, após a prática da conduta de *dispensa* ou de *inexigência* de licitação por parte do administrador público, o Tribunal de Contas competente fará uma análise sobre a legalidade ou ilegalidade daquela conduta à luz das hipóteses previstas na lei. Vale dizer, o Tribunal de Contas irá se manifestar expressamente sobre o conteúdo da remissão (a norma acessória de Direito Administrativo) contida no tipo penal.

Surge, assim, o problema objeto do presente artigo: as manifestações do Tribunal de Contas sobre a remissão contida no tipo penal – avaliando a conduta do administrador público em termos de legalidade – devem ter alguma repercussão e, em caso positivo, em que grau, na análise do desvalor objetivo da conduta relativamente ao art. 89 da Lei 8.666/93 e ao art. 337-E do CP por parte da instância judicial penal?

Trata-se agora do problema de coerência entre decisões de uma instância administrativa e decisões de instância judicial (penal) sobre a interpretação das mesmas regras administrativas permissivas – isto é, que autorizam a dispensa ou de inexigibilidade da licitação – à luz de idênticas situações fáticas. Interpretação, que, como acima explicado, será essencial à verificação do desvalor objetivo da conduta quanto ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e quanto ao crime do art. 337-E do CP.

Ressalte-se que, dentre as diferentes questões que a relação entre instâncias administrativa e penal podem apresentar<sup>44</sup>, não se está tratando aqui da di-

vergência quanto ao exame dos fatos<sup>45</sup>, nem da força probatória que o processo administrativo realizado no Tribunal de Contas pode ter para fins de comprovação de algum aspecto técnico-contábil das contas públicas<sup>46</sup>. Também não se está avaliando o potencial problema de *bis in idem* entre sanções penais e administrativas<sup>47</sup>.

O objeto de exame é, especificamente, a repercussão que a declaração jurídica deste controlador quanto à legalidade da dispensa ou da inexigibilidade

45 Partindo da divisão proposta por Cavali, este seria o caso de repercussões de questões fáticas, nas quais as instâncias penal e administrativa não concordam quanto à ocorrência do fato que estão analisando. Por exemplo, se o Juízo Penal entender que ficou provado que o administrador não dispensou a licitação, mas o Tribunal de Contas entender que há provas desta dispensa. Sobre tal repercussão, parece que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta indícios de certa dependência da instância *não penal* (cível em sentido amplo) pela instância penal, como se observa nos arts. 66 e 67 do Código de Processo Penal e art. 935 do Código Civil. Tratando deste tipo de repercussão e também da cumulação de sanções, cf. MENDES, Gilmar. BUONICORE, Bruno Tadeu. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim do IBCrim*, ano 29, n. 340, mar. 2021. Cf. também o acórdão que motivou a elaboração do mencionado artigo: STF, Rcl. n. 41.557, 2ª T., Min. Rel. Gilmar Mendes, j. em 14.12.2020.

46 Partindo da divisão proposta por Cavali, este seria o caso de repercussões de questões técnicas, nas quais a instância administrativa, com sua especialização, é capaz de concluir a respeito das provas que auxiliarão a instância penal. Por exemplo, análises contábeis da dispensa de licitação para as contas públicas realizadas pelo Tribunal de Contas poderão ser utilizadas como prova na instância penal. Sobre esta repercussão, intuitivamente, parece possível seguir o entendimento de Cavali, para quem questões técnicas não vinculam a instância penal, mas aproximam-se da natureza de uma prova pericial (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 360-361). Algumas decisões dos Tribunais Superiores consideram a repercussão da manifestação dos Tribunais de Contas exclusivamente em seu aspecto probatório. Nesse sentido, cf. STJ, RHC 37.323/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.11.2014, em que se utilizou a declaração do Tribunal de Contas como indício de prejuízo ao erário público.

47 Sobre o *bis in idem* entre sanções administrativas e penais, cf. TEIXEIRA, Adriano. ESTELLITA, Heloisa. CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas. Um ‘Estado Hidra de Lerna’? In: JOTA. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018). Acesso em: 11.07.2020 e SABOYA, Keyty. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, vol. 1, n. 1, pp. 71-92, jul./dez., 2018. O ordenamento jurídico brasileiro contém dispositivos que indicam certa independência na aplicação de sanções, permitindo a cumulação de sanções de diferentes instâncias pelos mesmos fatos. Nesse sentido, cf. art. 37, §4º da Constituição da República; art. 125 da Lei 8.112/90; art. 12 da Lei 8.429/92 e art. 30 da Lei 12.846/13. Importante destacar, no entanto, que, por tratar de questões sobre a cumulação ou não de sanções, estes dispositivos legais não estão diretamente relacionados ao problema analisado neste artigo, que é o de repercussões jurídicas das decisões administrativas sobre decisões penais. Vale dizer, estes dispositivos não são capazes de fundamentar o argumento da “independência de instâncias” quando se trata do problema da repercussão jurídica, como acima explicado.

44 Marcelo Cavali, ao tratar do problema dos efeitos da decisão administrativa sobre a esfera penal no âmbito do crime de manipulação de mercado, separa a análise a partir de três questões: fáticas, jurídicas e técnicas (CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais*. Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 353-354). Valendo-se desta divisão, aqui se tratará somente da repercussão das questões jurídicas da decisão do Tribunal de Contas sobre a esfera penal.

da licitação deve ter na decisão do juízo penal sobre a tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

#### 4. A REPERCUSSÃO DAS MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE O EXAME JUDICIAL DE TIPICIDADE OBJETIVA DA CONDUÇÃO À LUZ DO ART. 89 DA LEI 8.666/93 E DO ART. 337-E DO CP

Delimitado que o problema se localiza na interação e coerência entre a interpretação de um controlador (um Tribunal de Contas) e a de uma instância penal (um Juízo penal competente) sobre uma remissão permissiva feita pelo tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 e pelo tipo penal do art. 337-E do CP, cumpre agora analisar cada uma das possibilidades de repercussão da primeira sobre a segunda.

Antes, contudo, é necessário entender qual a relação jurídica entre as funções dos Tribunais de Contas e as decisões dos administradores públicos de dispensar ou de inexigir licitação (contratações diretas), isto é, se as manifestações dos Tribunais de Contas têm natureza constitutiva do ato administrativo de dispensa ou inexigência ou uma natureza repressiva (de controle e fiscalização)<sup>48</sup>.

##### 4.1. A inexistência de dependência das manifestações dos Tribunais de Contas em relação aos atos administrativos de dispensa ou inexigência de licitação

O que se pretende aqui é entender se o Tribunal de Contas funciona como um órgão de controle ou se sua análise faz parte da constituição do ato administrativo de dispensa ou inexigência de licitação, razão pela qual é preciso adentrar, de forma breve, nas funções deste órgão. Conforme dispõe o art. 70 da Constituição da República (CR), o Poder Legisla-

tivo tem como função atípica a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e da Administração Pública. Essa fiscalização compreende a análise da legalidade, da legitimidade, da economicidade, do controle de fidelidade funcional e do controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho. Referida função será realizada, âmbito da União, pelo chamado controle externo do Congresso Nacional, que é exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Dentre as funções dos Tribunais de Contas, é possível destacar três de extrema importância para o objeto deste estudo<sup>49</sup>: (i) função normativa, que compreende a decisão sobre consulta previamente formulada sobre aplicação de dispositivos legais, podendo, inclusive, editar atos e instruções normativas<sup>50</sup>; (ii) função de fiscalização financeira, que compreende a apreciação da legalidade de admissão de pessoal, inspeção e auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, fiscalização da aplicação de recursos<sup>51</sup> e (iii) função de julgamento, que compreende o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis<sup>52</sup>.

Desta forma, analisando especificamente os atos de *dispensa* ou *inexigência* de licitação, que são objeto deste artigo, o Tribunal de Contas poderá, com base em norma constitucional, responder a consultas prévias e anteriores sobre se determinada situação se enquadra ou não em uma das hipóteses legais, inclusive editando súmulas a respeito. Poderá também, ao fiscalizar e julgar contas de administradores públicos, entender que determinadas contratações diretas realizadas durante certa gestão pública foram firmadas em acordo ou em desacordo com as hipóteses legais. Além da legalidade, tais juízos dos Tribunais de Contas vão observar, principalmente, os aspectos relacionados à discricionariedade do ato administrativo<sup>53</sup>.

Portanto, as funções dos Tribunais de Contas são (a) a título de apreciação de consultas, em abstrato, com função normativa, ou (b) em concreto, com função de fiscalização e julgamento. Logo, uma manifestação de um TC não será *constitutiva* de atos administrativos de dispensa ou inexigência de licitação. Sendo assim, ao que tudo indica, tais manifestações

48 Essa pergunta é relevante, pois, a depender da relação do Tribunal de Contas com o ato administrativo, a repercussão no juízo penal será diferente. Para ilustrar a importância, utilizemos comparação proposta por Cavali: a autoridade administrativa tributária, de acordo com o art. 142 do CTN, é quem constitui o próprio crédito tributário, isto é, a prestação pecuniária constante do tributo, um elemento típico dos crimes tributários. Logo, há uma dependência absoluta entre a decisão do órgão administrativo e a decisão da instância penal, não sendo possível reconhecer juridicamente a caracterização do delito antes da manifestação daquela, fato que levou o STF a editar a contestada súmula vinculante nº 24. Por outro lado, a Comissão de Valores Mobiliários pode julgar fatos concretos, declarando-os como ilícitos de mercado de capitais, que também podem configurar ilícitos penais. No entanto, a CVM não tem o monopólio sobre a constituição de um ato como ilícito, de modo que o Juízo penal não está vinculado à sua decisão prévia (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 350-351).

49 Classificação de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 826.

50 Art. 1º, inc. XVII e §2º e art. 3º, todos da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU).

51 Art. 71, inc. III, IV e VI, da CR e art. 1º, inc. II, da Lei 8.443/92.

52 Art. 71, inc. II, da CR.

53 Art. 1º, §1º da Lei 8.443/92.

dos Tribunais de Contas não configuram questões prejudiciais para os fins do arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal<sup>54</sup>. Por consequência, é claramente possível que uma denúncia seja oferecida e uma sentença penal seja prolatada sem que exista *qualquer* manifestação de um Tribunal de Contas sobre a conduta de dispensa ou inexigência de licitação<sup>55</sup>.

Por outro lado, essa manifestação do TC poderá já estar disponível ao juízo penal. Se assim for, qual repercussão seria juridicamente possível no bojo de ação penal instaurada?

## 4.2. Ao menos três possibilidades de repercussão

Se existente uma manifestação do Tribunal de Contas a respeito da legalidade de uma conduta de dispensa ou inexigência de licitação, dois são os princípios imbricados. De um lado, a chamada inafastabilidade do controle judicial da lesão ou ameaça a direito, disposta no art. 5º, inc. XXXV, da CR, que garante ao Poder Judiciário a reanálise de aspecto já enfrentado pelo controlador e/ou autoridade administrativa. De outro lado, a exigência de coerência do sistema normativo, que impõe algum tipo de coordenação entre as decisões dos diferentes órgãos (entre contencioso administrativo e contencioso judicial), sob pena de perderem a necessária capacidade de orientação de condutas do cidadão<sup>56</sup> (essencial à pretendida função de orientação de condutas atribuída ao Direito Penal).

A exigência de coerência fundamenta-se, especificamente no caso examinado neste artigo, na especial conjugação, de um lado, da função constitucionalmente estabelecida de fiscalização da legalidade dos atos administrativos relativos a licitações pelo Tribunal de Contas e, de outro, com a análise da tipi-

cidade objetiva da conduta à luz dos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 337-E do CP, cuja acessoriedade reside exatamente na análise dessa legalidade. A partir deste embate de princípios, ao menos três são as possíveis repercussões da manifestação da instância administrativa sobre a instância penal, considerando uma ação penal em andamento: (i) absoluta desvinculação; (ii) absoluta vinculação e (iii) imposição de ônus argumentativo em dois níveis.

### 4.2.1. Absoluta desvinculação

De acordo com esta primeira possibilidade, que se traduz no slogan “independência de instâncias”, as manifestações jurídicas dos Tribunais de Contas a respeito de uma conduta de dispensa ou inexigência de licitação seriam absolutamente “inúteis” para a instância judicial penal, que pode decidir livremente sobre a tipicidade objetiva desta mesma conduta. Em outras palavras, seria legítimo, para esta corrente, que o Tribunal de Contas se manifestasse pela licitude de uma conduta, mas o Juízo penal reconhecesse a tipicidade objetiva do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP sem qualquer tipo de diálogo com a decisão administrativa.

A tese da absoluta desvinculação ampara-se em ao menos dois argumentos importantes. O primeiro seria o de que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende pela independência entre uma decisão do Tribunal de Contas e um subsequente exame judicial da tipicidade objetiva à luz do art. 89 da Lei 8.666/93<sup>57</sup>. O segundo seria o da inafastabilidade do controle judicial, de modo que não se poderia retirar do Juízo penal a competência de apreciação de fatos a ele submetidos apenas porque a esfera administrativa sobre eles também já se manifestou.

Tais argumentos são de questionável solidez. Vejamos: quanto ao primeiro, é inegável que o entendimento de tribunais superiores sobre um tema é elemento relevante. Contudo, o produto da interpretação das Cortes nem sempre é consistente. No preciso caso da suposta “independência das instâncias”,

54 Em sentido contrário, já entendeu o STJ. Para tanto, cf. STJ, AP n. 323/CE, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05.10.2005.

55 Tratando da relação das decisões administrativas da CVM e do CRSFN e o crime de manipulação de mercado, Cavali conclui: “Estas instituições são especializadas no exame de questões técnicas, por vezes complexas, no âmbito do mercado financeiro, de modo que, não há dúvida, suas conclusões influenciarão sobremaneira o processo penal. Mas reconhecer essa influência é algo diferente do que afirmar a impossibilidade de início da persecução penal referente aos crimes contra o mercado de capitais antes do término do processo administrativo sancionador. Assim, de posse da comunicação encaminhada pela CVM – ou mesmo de notícia criminis enviada por terceiros, como um investidor lesado, por exemplo –, poderá o Ministério Público Federal requisitar a instauração de inquérito pela Polícia Federal; conduzir, dentro das balizas fixadas na jurisprudência, diretamente a investigação; ou, caso forme desde logo *opinio delicti* positiva, oferecer a denúncia” (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 351).

56 Nesse sentido, *Ibid.*, p. 353.

57 Nesse sentido, relacionado expressamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93, cf. STJ, HC 34.506/RS, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 10.08.2004; STJ, REsp 742.794/PB, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 04.02.2010; STJ, HC 156.234/DF, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 06.04.2010 (ressalte-se que, neste caso, o Rel. tinha entendimento pessoa contrário, mas seguiu a jurisprudência do Tribunal); STJ, RHC 50.167, Decisão Monocrática, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe em 23.08.2019. Tratando do crime do art. 90 da Lei 8.666/93, cf. STJ, HC 218.663/RJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 13.11.2012. Em sentido contrário, cf. STJ, HC 88.370/RS, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 07.10.2008.

o que se verifica é mais um exemplo de uma espécie de mera “repetição de ementas”.

Isto porque, ao se analisar a origem da tese no STJ observa-se que era aplicada exclusivamente para os crimes de responsabilidade de prefeitos, dispostos no art. 1º do Decreto-Lei 201/67<sup>58</sup> ou crime de obtenção fraudulenta de financiamento em instituição financeira, disposto no art. 19 da Lei 7.492/86<sup>59</sup>. Tais tipos penais, contudo, *não* são dotados das expressas remissões administrativas, ao contrário do que ocorre com o tipo objetivo do art. 89 da Lei 8.666/93.

Sem qualquer argumento ou justificativa adicional, e ignorando o fato de que os tipos se diferenciam quanto à remissão administrativa expressa, essa tese passou a ser replicada em casos em que havia cumulação destes crimes com os da Lei de Licitações<sup>60</sup> e, na sequência, passou a ser aplicada também em casos que tratavam exclusivamente do art. 89 da Lei 8.666/93. Tudo isso, todavia, sem qualquer explicação para o tratamento análogo de diferentes formulações típicas.

Com relação ao segundo argumento, ele está, em seu núcleo, correto. Por expressa previsão constitucional, é claro que não se pode retirar do Juízo penal a possibilidade de reavaliar a qualificação jurídica dos fatos. Dessa premissa, no entanto, não decorre a conclusão acima pretendida. Uma coisa é o Juiz penal ter competência para revalorar juridicamente fatos já examinados na esfera administrativa. Outra, muito diversa, é ele decidir sobre a tipicidade objetiva do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP ignorando, por completo, a manifestação de instância administrativa competente para avaliar a legalidade do ato de dispensa ou inexigência (na prática, competente para avaliar o conteúdo da remissão administrativa do tipo penal em apreço).

#### 4.2.2. Absoluta vinculação

De acordo com esta possibilidade, as manifestações do Tribunal de Contas vinculariam completamente o Juízo penal, que não poderia entender em sentido contrário sobre a legalidade ou ilegalidade de uma dispensa ou inexigibilidade de licitação. Assim,

58 Nesse sentido, cf. STJ, HC 10.605/PB, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 18.11.1999; STJ, REsp 264.576/PB, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 13.12.2000; STJ, HC 11.355/BA, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 06.02.2001; STJ, HC 16.518/CE, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 28.08.2001; STJ, HC 16.765/CE, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 02.04.2002 e STJ, HC 30.666/PI, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 09.03.2004.

59 Nesse sentido, cf. STJ, HC 12.236/GO, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 24.10.2000.

60 STJ, HC 34.506/RS, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 10.08.2004.

caso o TC decidisse que determinada dispensa foi realizada de acordo com as hipóteses legais, restaria ao Juízo penal somente a decisão de reconhecimento da atipicidade da conduta.

A favor desta possibilidade pode-se argumentar que, na medida em que o legislador construiu o tipo penal com uma referência expressa à acessoriedade administrativa – e o Tribunal de Contas é o controlador com competência para fiscalizar e julgar a legalidade de tais atos –, suas decisões devem ser vinculantes às demais instâncias. Isso traria ganhos em termos de coerência sistêmica.

Porém, este argumento também é frágil<sup>61</sup>. Isso porque as decisões do Tribunal de Contas (e dos controladores e/ou autoridades administrativas em geral) *não* fazem coisa julgada e, logo, podem ser plenamente revistas pelo Poder Judiciário<sup>62</sup>. Ou seja, o fato de o legislador construir o tipo penal com uma acessoriedade administrativa geral não significa que está retirando em absoluto do Poder Judiciário a análise da subsunção de fatos concretos na norma administrativa geral.

#### 4.2.3. Imposição de ônus argumentativo em dois níveis

De acordo com esta terceira possibilidade, as manifestações dos Tribunais de Contas não vinculam o Juízo penal, mas devem influenciá-lo *sempre* que reputarem *legal* o ato de dispensa ou de inexigibilidade analisado. Ou seja, o problema está em *agravar* a situação do réu que já teria recebido uma prévia manifestação estatal (ainda que no âmbito administrativo) no sentido da *legalidade* da sua conduta.

Na medida em que: (i) os tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP são construídos com expressa acessoriedade administrativa, mais especificamente com uma elementar negativa “fora das hipóteses previstas em lei”, e (ii) os Tribunais de Contas têm a função de fiscalizar e julgar administrativamente estes atos, as manifestações jurídicas destes órgãos a respeito da legalidade de uma dispensa ou inexigibilidade de licitação apresentam-se

61 Também negando essa absoluta vinculação do Poder Judiciário por decisões da CVM sobre a manipulação de mercado, cf. CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 356-357.

62 Neste ponto, afirma Cavali: “... toda conduta penalmente típica caracterizará uma infração administrativa, mas nem toda infração administrativa representa, *ipso facto*, um delito. Esse reconhecimento não implica, porém, conceder à CVM ou ao CRSFN a exclusividade – ou sequer a prevalência – na compreensão jurídica dos institutos previstos na regulação do mercado de capitais. Nenhuma autoridade administrativa possui – não apenas no mercado de capitais, mas em nenhum âmbito jurídico – a prerrogativa de interpretação definitiva sobre a legislação que lhe incumbe aplicar” (*Ibid.*, *idem*).

como verdadeiros e relevantes *indícios* do não preenchimento da referida elementar típica.

Consequentemente, caso o Juízo penal, ao analisar a tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, venha a entender de maneira diversa do TC, terá um ônus argumentativo muito maior. Deverá enfrentar expressamente os argumentos trazidos pelo Tribunal de Contas para, somente então, afastá-los<sup>63</sup>.

Mais precisamente: sempre caberá ao Juízo penal um dever de fundamentar sua decisão condenatória, demonstrando que a conduta de dispensa ou inexigência de licitação foi realizada “fora das hipóteses previstas em lei”. Porém, se, no momento da decisão, já houver uma manifestação do Tribunal de Contas afirmando que a conduta respeitou tais hipóteses, ou seja, foi legal, àquele primeiro dever se acresce um elevado ônus argumentativo, a saber: o enfrentamento expresso das razões do TC e sua subsequente superação.

Esta terceira vertente supera as desvantagens das duas anteriores, pois garante a competência e liberdade do Juízo penal, mas, ao mesmo tempo, exige maior coerência entre as instâncias do ordenamento jurídico, propondo um necessário diálogo entre contencioso administrativo e contencioso judicial. O problema não reside apenas na existência de decisões conflitantes sobre o mesmo fato na esfera administrativa e na judicial (isso é o cotidiano dos tribunais). O problema está na ausência de diálogo entre as instâncias, especialmente quando o controlador (neste caso, TCs), relativamente à dispensa e à inexigibilidade, já se manifestou no sentido da *legalidade* da conduta do gestor público.

### 4.3. Tomada de posição e balizas para a decisão dos Tribunais de Contas

Apresentadas três possíveis repercussões das decisões dos Tribunais de Contas no juízo sobre a tipicidade objetiva da conduta em relação ao art. 89 da Lei 8.666/89 e ao art. 337-E do CP, pensamos que a mais consistente, conforme acima justificado, é a *imposição de ônus argumentativo em dois níveis* ao Juízo penal, especificamente na hipótese de entender pela

ilegalidade da dispensa ou inexigência de licitação quando uma decisão anterior do TC já a reputou legal.

Em termos procedimentais, em caso de descumprimento deste ônus argumentativo na sentença ou acórdão penal condenatórios, pensamos que não se trataria de mero *error in iudicando*, mas de verdadeiro *error in procedendo*, o que permitiria à instância revisora anular a sentença, por carência de fundamentação (especialmente à luz do art. 315, § 2º, IV, CPP). Consideramos, ademais, que a configuração de tal ônus independe de uma manifestação expressa da defesa quanto ao conteúdo da decisão do TC, porque o exame da manifestação do TC seria absolutamente inerente ao exame judicial da tipicidade objetiva da conduta quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93 e ao art. 337-E do CP.

Contudo, é preciso salientar que não é qualquer manifestação de um TC que gerará tal ônus. Na medida em que a preocupação aqui é com a coerência do sistema normativo enquanto orientador da conduta ao cidadão, a decisão do TC precisa ser dotada de, ao menos três características, para somente então gerar este ônus argumentativo agravado ao Juízo penal.

A primeira característica é que seja uma decisão que julgue um ato administrativo determinado de dispensa ou inexigência de licitação do administrador público e não uma decisão genérica sobre as contas da gestão deste administrador durante o ano. Tal característica se justifica, porque somente neste caso a manifestação do TC potencialmente adentrará no conteúdo da regra acessória aos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

A segunda característica, que se soma à primeira, é que a decisão avalie o aspecto da *legalidade* do ato administrativo determinado de dispensa ou inexigência de licitação e não outros aspectos como a *economicidade* do ato ou o *controle de resultados*. A exigência desta característica se justifica, porque somente a decisão sobre o aspecto da *legalidade* é que representa, efetivamente, uma avaliação do controlador sobre a elementar “fora das hipóteses previstas em lei” do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

A terceira e última característica, que se soma às demais, é que a decisão do TC tenha considerado legal o ato de dispensa ou de inexigibilidade da licitação (logo, se o TC considerar ilegal, não surgirá o referido ônus argumentativo agravado). Esta característica se justifica pelas relações entre as ilicitudes *penal* e *administrativa*, sendo totalmente possível que uma infração administrativa seja atípica, mas ques-

63 Também reconhecendo que há algum grau de comunicação entre a instância administrativa do mercado de capitais/sistema financeiro nacional e o juízo penal, Cavali afirma: “É evidente que, neste caso, os fundamentos utilizados pelo CRSFN devem ser detalhadamente enfrentados pelo juiz criminal, sobre quem recairá um ônus adicional na fundamentação da comprovação do injusto penal. Caberá notadamente ao Ministério Público Federal demonstrar razões especialmente relevantes para afastar o entendimento adotado no âmbito administrativo” (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 358).

tionável que um fato reputado lícito do ponto de vista administrativo seja crime<sup>64</sup>.

## 5. RESOLUÇÃO DO GRUPO DE CASOS

Apresentados os possíveis critérios, é chegada a hora de aplicá-los aos casos anteriormente narrados.

### 5.1. Caso 1: Tribunal de Contas considera ilegal a dispensa ou inexigibilidade da licitação

Neste caso, se o Juízo penal julga diversamente do TC a respeito da legalidade da dispensa, ou seja, de que se tratou de contratação direta legal, entendemos que não haveria maior ônus argumentativo, pois o Poder Judiciário estaria revendo a decisão do TC de modo a beneficiar o réu. Por outro lado, se o juízo penal estiver de acordo com o TC, terá que apresentar fundamentos adicionais, de cunho especificamente penais, para concluir pelo desvalor objetivo da conduta (*supra* n<sup>o</sup> 3.2.1) e, assim, pela sua tipicidade objetiva à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

### 5.2. Caso 2: Tribunal de Contas considera legal a dispensa ou inexigibilidade da licitação

Neste caso, se o Juízo penal entende diversamente do TC a respeito da legalidade da dispensa, ou

64 Nas palavras de Assis Toledo: “poderíamos representar graficamente essa distinção através de dois círculos concêntricos: o menor, o do injusto penal, mais concentrado de exigências; o maior, o do injusto extrapenal (civil, administrativo etc.), com exigências mais reduzidas para sua configuração. O fato ilícito situado dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado também dentro do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro. Já o mesmo não ocorre com os fatos ilícitos situados fora da tipificação penal — o círculo menor — mas dentro do círculo maior, na sua faixa periférica e exclusiva. Assim, um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca não é verdadeira” (ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165).

seja, de que se tratou de contratação direta *ilegal*, terá de superar um ônus argumentativo agravado, enfrentando ponto a ponto as justificativas da decisão do TC. Superado tal ônus, terá ainda de fazer todos os demais exames de cunho estritamente penal, para então concluir pela tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP. Por outro lado, se estiver de acordo com o TC, poderá concluir, sem maior ônus argumentativo, pela atipicidade da conduta.

## 6. CONCLUSÃO

As manifestações dos Tribunais de Contas, enquanto órgãos de controle, não são questões prejudiciais obrigatórias para a análise da tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP. Porém, existindo uma manifestação de instância constitucionalmente estabelecida (TC) a respeito da legalidade ou ilegalidade da conduta de dispensa ou inexigibilidade de licitação, é preciso perquirir sobre os seus possíveis impactos nas decisões do Juízo penal.

Síntese: quando se tratar de uma manifestação concreta e *a posteriori*, no exercício de função de julgamento do TC, que reputar *legal* o ato de dispensa ou de inexigência de licitação, impõe-se um ônus argumentativo agravado ao Juízo penal para superá-la. Isso porque tal decisão administrativa representa forte e relevante *indício* do não preenchimento da elementar “fora das hipóteses previstas em lei” (art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 337-E do CP). Assim, deverá o julgador, obrigatoriamente, enfrentar os argumentos do TC, sob pena de fundamentação deficiente e, logo, nula. Mas não só. Deverá também apresentar razões fortes o suficiente para amparar um juízo positivo de tipicidade objetiva *apesar* de o controlador, na seara administrativa, ter previamente aferido a legalidade da dispensa ou da inexigibilidade da licitação.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- BALDAN, Édson Luis. Crimes de licitações. In. LAVORENTI, Wilson (Coord.). *Lei penais especiais anotadas*. 13. ed., São Paulo: Millennium, 2016.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais*. Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação: reflexões sobre os novos rumos da jurisprudência brasileira. In. *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- FALAVIGNO, Chiavelli. *A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: EMais, 2020.
- FAYET JÚNIOR, Ney. CURVELO, Alexandre Schubert. Da análise das condutas nas licitações públicas a partir de critérios substanciais – entre a discricionariedade, a ilegalidade e a infração penal. In. FAYET JÚNIOR, Ney. MAYA, André Machado (Orgs.). *Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental. In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, pp. 152-194, jan./fev., 2006.
- *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- HORTA, Frederico. *Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro*. 2012, Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.
- LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993). In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, pp. 13-29, set./out. 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual., São Paulo: Melhoramentos, 2015.
- MENDES, Gilmar. BUONICORE, Bruno Tadeu. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim do IBCrim*, ano 29, n. 340, mar. 2021.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidade*. La remisión a los estándares sociales de conducta em la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona: Atelier, 2019.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, vol. 1, n. 1, pp. 71-92, jul./dez., 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico. In. *Revista brasileira de ciências criminais*. vol. 99, pp. 327-356, nov./dez. 2012.
- TEIXEIRA, Adriano. ESTELLITA, Heloisa. CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas. Um ‘Estado Hidra de Lerna’? In. JOTA. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018). Acesso em: 11.07.2020.

**Raquel Lima Scalcon**

<http://orcid.org/0000-0001-9817-9229>

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas  
[raquelscalcon@gmail.com](mailto:raquelscalcon@gmail.com)

Professora na FGV Direito SP (Graduação, Pós FGVLaw e Mestrado Profissional – Linha Direito Penal Econômico). Agradada pela Fundação Alexander von Humboldt (AvH), em parceria com a CAPES, com bolsa para estudos pós-doutorais na Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha, e pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht em Freiburg, Alemanha, com bolsa para estadia de pesquisa de curta duração (2018). Doutora em Direito pela UFRGS (2016), onde se graduou (2009). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2011). Advogada e Consultora.

**Felipe Longobardi Campana**

<https://orcid.org/0000-0001-8981-1747>

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
[fcampana93@gmail.com](mailto:fcampana93@gmail.com)

Assistente científico do Mestrado Profissional da FGV. Mestrando em Direito Penal pela USP. Advogado.