

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Otávio Sendtko Ferreira

Título: O dolo específico e o efetivo prejuízo ao erário na responsabilização penal pela contratação direta no TJSC

[Florianópolis]

[2021]

Otávio Sendtko Ferreira

Título: O dolo específico e o efetivo prejuízo ao erário na responsabilização penal pela contratação direta no TJSC

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito
Orientador: Profa. Dr. Marília Denardin Budó

Florianópolis

2021



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Otávio Sendtko Ferreira

RG: 4.785.321

CPF: 085.546.779-78

Matrícula: 16203511

Título do TCC: O dolo específico e o efetivo prejuízo ao erário na responsabilização penal pela contratação direta no TJSC

Orientadora: Marília Denardin Budó

Eu, Otávio Sendtko Ferreira, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 13 de maio de 2021.



Documento assinado digitalmente

Otávio Sendtko Ferreira

Data: 21/05/2021 18:08:25-0300

CPF: 085.546.779-78

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

OTÁVIO SENDTKO FERREIRA

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O dolo específico e o efetivo prejuízo ao erário na responsabilização penal pela contratação direta no TJSC”, elaborado pelo acadêmico “Otávio Sendtko Ferreira” defendido em 13/05/2021 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 13 de maio de 2021



Documento assinado digitalmente
Marília de Nardin Budo
Data: 14/05/2021 15:06:12-0300
CPF: 000.404.810-50
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Marília Denardin Budó (ASSINATURA DIGITAL)
Professora Orientadora



Documento assinado digitalmente
Chiavelli Fazenda Falavigno
Data: 14/05/2021 18:14:30-0300
CPF: 015.906.330-24
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Chiavelli Fazenda Falavigno (ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca

Eduarda Toscani Gindri
Membro de Banca

Ficha de identificação da obra

Sendtko Ferreira, Otávio

O dolo específico e o efetivo prejuízo ao erário na responsabilização penal pela contratação direta no TJSC / Otávio Sendtko Ferreira; orientadora, Marília Denardin Budó, 2021.

73 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. licitações. 3. contratação direta. 4. dolo específico. 5. prejuízo ao erário. I. Denardin Budó, Marília. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Este trabalho é dedicado ao meu querido avô, um dos primeiros professores que tive.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof^a Marília Denardin Budó, que aceitou o desafio de uma orientação de trabalho de conclusão de curso em tempo *record*, pela atenção e apoio nesse curto período.

Aos demais professores do CCJ/UFSC, que foram parte essencial da minha formação intelectual como jurista.

Aos meus pais, que além servirem minha vida toda como minha fonte de segurança e tranquilidade, me deram total apoio a troca de curso após mais de quatro anos de engenharia cursados e também serviram como balizas na minha formação política e jurídica, como excelentes advogados que são.

Ao colega e amigo João Pedro, que já me presenteou com quase 5 anos de convivência, propiciando acalorados e profundos debates, descontraídas e banais conversas.

RESUMO

O procedimento licitatório tem como principal finalidade garantir que a administração pública contrate a melhor oferta para o interesse público, bem como manter o tratamento isonômico entre potenciais. Em casos excepcionais, a obrigatoriedade da realização da licitação é afastada em razão da impossibilidade ou da inconveniência da sua realização para o interesse público, nestes casos realiza-se a contratação direta. Justamente por evitar o burocrático procedimento legal da licitação e por possuir restritas hipóteses de aplicação, por diversas vezes a contratação direta pode ser usada como mecanismo de beneficiamento ilícito de agentes público e privados quando em relação com o Estado. Neste contexto, surgiu a necessidade de criminalizar a execução ilícita deste tipo de contratação e é sobre o crime de contratação direta fora das hipóteses legais que trata o presente trabalho. Sob a ótica da Teoria Fundamentada nos Dados, a pesquisa buscou dados em decisões judiciais do TJSC no ano de 2020 que tratassem da necessidade ou não da verificação do elemento subjetivo especial consistente na intenção de causar prejuízo ao erário, um debate recorrente na análise do tipo penal ora em estudo. Por meio da análise de dezoito votos relacionados a onze casos reais foi possível distinguir nas duas grandes correntes de pensamento explorados pelos julgados as suas características e elementos constitutivos, bem como, ao final, traçar uma breve teoria sobre a composição do elemento subjetivo especial nos casos analisados.

Palavras-chave: Direito Penal. Licitações. Elemento subjetivo especial.

ABSTRACT

The main purpose of the public bidding is to ensure that the State hires the best offer for society's benefit, as well as maintaining equal treatment among potential contenders. In exceptional cases, the obligation to carry out the public bidding is waived due to the impossibility or inconvenience of its enforcement for the public interest, in these cases direct contracting is carried out. Precisely because it avoids the bureaucratic legal procedure and has limited applications, on several occasions direct contracting can be used as a mechanism for the illicit benefit of public and private agents when in collusion with the State. In this context, the need arose to criminalize the illicit execution of this kind of contracting and, it is about the crime of direct contracting outside the legal hypothesis that this work deals with. Under the perspective of Grounded Theory, the research sought data in TJSC collegiate judicial decisions in 2020 that dealt with the need or not to verify the special subjective element consistent with the intention of causing damage to the treasury, a recurring debate in this subject. Through the analysis of eighteen votes related to eleven different cases, it was possible to distinguish in the two main currents of thought explored by the judges, their characteristics and constitutive elements, as well as, at the end, to outline a brief theory about the composition of the special subjective element in the analyzed cases.

Keywords: Criminal Law. Public Bidding. Special subjective element.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Acórdãos do TJSC integrantes da amostra	42
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

HC – *Habeas Corpus*

REsp – Recurso Especial

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFD – Teoria Fundamentada nos Dados

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL E O EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO NO CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA INDEVIDA NA LEI DE LICITAÇÕES (8.666/93)	16
1.1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA LICITAÇÃO PÚBLICA, DA CONTRATAÇÃO DIRETA E DO CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO	16
1.1.1 As modalidades de contratação direta.....	18
1.1.2 As condutas criminalizadas pela Lei 8.666/93.....	20
1.1.3 O crime de contratação direta indevida	23
1.1.4 Breves considerações sobre a nova lei de licitações	25
1.2 O DOLO E O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL	27
1.2.1 O elemento subjetivo especial no crime de contratação direta indevida.....	30
1.2.2 Efetivo prejuízo ao erário no crime de contratação direta indevida	32
2 OS DISCURSOS SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL E O PREJUÍZO AO ERÁRIO NOS PRECEDENTES DO TJSC DE 2020	37
2.1 AMOSTRA INICIAL.....	37
2.2 OS RÉUS E SUAS CARACTERÍSTICAS	38
2.2.1 Gênero.....	38
2.2.2 Raça.....	39
2.2.3 Faixa etária.....	39
2.2.4 Escolaridade	39
2.3 A TEORIA FUNDAMENTADA NOS DADOS COMO MÉTODO DE PESQUISA.....	40
2.4 A ESTRUTURAÇÃO DOS DISCURSOS	41
2.4.1 Os princípios da Administração Pública como bem jurídico tutelado pelo crime de contratação direta indevida	43
2.4.2 A verificação de irregularidades no procedimento de contratação como elemento do dolo dos agentes.....	45

2.4.3	A natureza formal do crime e a prescindibilidade de resultados naturalísticos para sua consumação	47
2.4.4	A motivação como elemento constituinte do dolo dos agentes	48
2.4.5	A distinção entre a conduta inepta e a conduta ímproba, como mecanismo de aferição da presença de dolo na conduta dos agentes	50
2.4.6	A tentativa de regularização da situação ilícita como elemento do dolo dos agentes	52
2.4.7	O efetivo resultado alcançado pela contratação em face do interesse público como elemento constituinte do tipo penal	53
2.5	AS PRINCIPAIS FONTES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS UTILIZADAS NOS JULGADOS ESTUDADOS	58
2.6	UMA TEORIA EMERGENTE ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO	59
	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Muito embora a discussão de fundo do trabalho – acerca do elemento subjetivo especial nos crimes de contratação direta indevida – já venha sendo feita há muito tempo, a dispensa de licitação é praticada corriqueiramente nos diversos órgãos da administração pública, especialmente quando se trata de administrações municipal e estadual, até porque é procedimento mais simples e rápido e exige menos burocracia.

Há muito se fala em apagão das canetas na administração pública, termo coloquial que descreve um fenômeno marcado pelo medo da tomada de decisão por parte do administrador público, causado, em parte, pela falta de clareza e segurança jurídica quanto a possibilidade de responsabilização, nas diversas esferas, por atos potencialmente ilícitos.

Apesar disso, segundo o Portal da Transparência do Poder Executivo de Santa Catarina, apenas em 2020 foram empenhados R\$ 575.189.649,45 nesta modalidade de licitação, ao que poderia se argumentar que tal gasto fora gerado pelo enfrentamento à pandemia, mas ao se analisar anos anteriores, encontra-se valores muito semelhantes: R\$ 562.798.817,01 em 2019, R\$ 628.914.909,74 em 2018 e R\$ 435.199.773,66 (SANTA CATARINA, 2021).

Tais valores abarcam apenas o que foi empenhado pelo estado de Santa Catarina, sem contar os valores utilizados por meio de dispensa de licitação por todos os municípios catarinenses.

Desta forma, uma análise do posicionamento do TJSC se mostra relevante não apenas para tornar claro de que maneira o Tribunal tende a se posicionar num tema com tamanhas divergências, mas também para discutir novas possibilidades para a solução da questão.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar os discursos adotados pelos órgãos julgadores da área criminal do TJSC, nos acórdãos publicados em 2020, a fim de estudar os posicionamentos acerca do dolo, do elemento subjetivo especial e da necessidade de verificação do efetivo prejuízo ao erário, na criminalização das condutas de contratação direta ilegal.

Até porque, numa perspectiva não meramente dogmática, crimes como estes, chamados de “colarinho branco”, costumam ter um tratamento diferenciado daqueles que lotam os tribunais e os presídios, como o narcotráfico e os pequenos delitos patrimoniais, de forma que também se evidencia a importância de estudar a identidade dos réus alcançados pelo aparato punitivo do Estado com base no crime analisado.

Para isso é necessária uma análise preliminar da doutrina e jurisprudência dominante, o levantamento de dados do Poder Judiciário de Santa Catarina, a análise dos discursos adotados por cada voto coletado, bem como a distinção e o desenvolvimento de uma teoria da construção do dolo e do elemento subjetivo especial para estes crimes.

A pesquisa será qualitativa, realizada a partir da Teoria Fundamentada nos Dados, com abordagem compreensiva, sob o referencial teórico de Cathy Charmaz (2009), por meio da pesquisa documental da doutrina e de precedentes proferidos pelas cinco câmaras, bem como das duas seções e do grupo de câmaras criminais do TJSC, proferidos no ano de 2020, que tratam da necessidade de dolo específico e da comprovação do efetivo dano ao erário para a responsabilização penal por crime de dispensa indevida de licitação.

A coleta da amostra será realizada no sistema de pesquisa de jurisprudência do TJSC, disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>, por meio do uso de filtros que serão melhor expostos na seção 2 do trabalho, assim como procedimento de filtragem manual, também abordado no tópico adequado.

Muito embora a discussão acerca da necessidade do elemento subjetivo especial de causar dano e do efetivo prejuízo ao erário já percorra os meios jurídicos desde que a Lei 8.666/1993 entrou em vigor, inclusive já tendo estudos desta Universidade acerca do tema em geral, a presente pesquisa propõe uma estudo da jurisprudência catarinense sobre a questão, em especial sobre os discursos específicos utilizados na construção dos conceitos de dolo e do elemento subjetivo especial.

Verifica-se que hoje, no Brasil, os Governos Estaduais e municipais assumiram a linha de frente ao combate à pandemia da Covid-19 e, muito embora o presente trabalho não busque investigar as relações da emergência sanitária pela qual o país passa com a figura da dispensa de licitação

Esse fenômeno se enquadra em pelo menos uma das hipóteses legais de dispensa e é, especialmente nestes momentos de calamidade, quando os administradores públicos não podem ter medo de decidir, pois cada dia de atraso numa licitação para serviços de saúde pode significar na morte de muitos cidadãos. Desse contexto surge o interesse deste acadêmico para investigar melhor como ocorre a responsabilização penal pelo crime de contratação direta indevida no estado de SC.

Para uma análise adequada do tema, o trabalho foi dividido em duas seções, a primeira com a apresentação e uma discussão breve sobre a produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, seguido pela segunda e última seção, na qual será apresentado o método de coleta e

análise de dados, bem como os resultados obtidos pela pesquisa. Por fim, buscará traçar uma singela teoria sobre a construção do dolo nos discursos presente nos votos analisados. Na conclusão se buscará fazer um breve apanhado dos achados da pesquisa, tentando de uma forma singela fazer algumas considerações acerca da influência dos resultados encontrados no cenário judicial atual.

1 O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL E O EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO NO CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA INDEVIDA NA LEI DE LICITAÇÕES (8.666/93)

Muito embora a discussão de fundo do trabalho – a exigência do elemento subjetivo especial da intenção de causar dano ao erário – não seja nova, a contratação sem licitação, ou contratação direta é praticada corriqueiramente nos diversos órgãos da administração pública, especialmente quando se trata da administração municipal e estadual, até porque é procedimento mais simples e rápido, que exige menos burocracia.

Para poder adentrar na discussão específica sobre o elemento subjetivo especial, o presente capítulo fará uma contextualização teórica acerca da licitação pública, abordando aspectos básicos a respeito deste instituto do direito administrativo, bem como, abordará especificamente as hipóteses de contratação direta previstas na Lei 8.666/93. A parte destas definições trazidas do direito administrativo, o capítulo passará a abordar as definições relativas ao crime de contratação direta indevida e, em especial, a discussão acerca do seu elemento subjetivo, se apenas o dolo genérico, ou se há um elemento especial.

Também se faz necessário um pequeno acordo terminológico com relação a termos específicos utilizados neste trabalho, da doutrina e na jurisprudência. O primeiro é com relação à forma de contratação pública em estudo: no âmbito da Lei 8.666/93 se trata expressamente das possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação pública, contudo, é aceitável e foi até inserido na nova legislação de licitação o termo “contratação direta”, que abarca estas possibilidades, ambas as formas são adotadas neste trabalho, especialmente em razão das fontes doutrinárias e jurisprudenciais, que não são uniformes. O segundo se refere ao termo “dolo específico”, constante no título do trabalho, pois ainda é como mais comumente se chama o “elemento subjetivo especial”, novamente, ambos os termos são utilizados no trabalho, mas maiores detalhes sobre qual seria mais correto são abordados na subseção 1.2.

1.1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA LICITAÇÃO PÚBLICA, DA CONTRATAÇÃO DIRETA E DO CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO

A Licitação Pública trata-se de instrumento legal obrigatório que regulamenta a forma como a Administração Pública contrata com terceiros, seja na compra de bens ou na contratação de serviços. Uma vez que a Administração Pública se sujeita ao regime jurídico de

direito administrativo, todas as contratações públicas se sujeitam a dois grandes princípios deste regime: a *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos* (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 55-56). Desta forma, balizada por tais princípios, a licitação pública deve sempre pautar-se pela contratação que melhor satisfaça o interesse público.

Além disso, outro princípio norteador da Administração Pública que perpassa toda a atividade administrativa e tem grandes repercussões na licitação é o princípio da *legalidade*. Na Administração Pública o princípio da legalidade tem uma natureza diferente do que, por exemplo, no Direito Penal, embora ambas funcionem como uma limitação da atuação do Estado em face do cidadão, mas entender as distinções e semelhanças entre os princípios é essencial para a futura compreensão dos resultados obtidos pela pesquisa.

No Direito Penal, o princípio da legalidade, costumeiramente identificado pelo brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹, surge como uma proteção dos cidadãos em face do poder repressivo do Estado. A legalidade penal proíbe i) a *retroatividade* da criminalização de novas condutas ou do agravamento das penas para fatos anteriores; ii) o uso dos costumes como base para a punição; iii) o uso da analogia como instrumento interpretativo da norma penal para penalizar o cidadão; iv) a indeterminação dos tipos penais, exigindo que sejam claros e bem definidos (SANTOS, 2014, 20-24).

Tais proibições, em tese, tem como função evitar que o Estado faça uso abusivo da força repressiva, garantindo que ninguém será punido por crime legislado posteriormente à conduta, de que só serão punidos previstos em lei, que não se podem fazer interpretações que aumentem a abrangência original do tipo penal, bem como só podem ser responsabilizados por tipos penais que tenham clareza a respeito da conduta que é proibida, caso contrário, ficar-se-ia à mercê de interpretações para completar o sentido da lei.

No Direito Administrativo o princípio da legalidade também funciona como uma limitação ao exercício do poder do Estado, porém, aqui não se trata do poder repressivo e punitivo, mas o poder de gestão da coisa pública, submetem-se a essa limitação os agentes públicos vinculados ao Estado em todos os seus níveis. O princípio da legalidade administrativa tem como propósito principal “submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 103).

¹ Tradução livre: não há crime nem pena sem lei.

Desta forma, o princípio se contrapõe a quaisquer tentativas de favorecimento, de impressão da vontade pessoal nas decisões administrativas, opondo-se a “manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos” (Ibidem, p. 103), submetendo todos os agentes públicos ao império da lei de modo que apenas podem atuar da forma permitida pela lei.

Neste sentido, Adilson de Abreu Dallari, assevera de maneira irretocável que “o estudo da história do direito administrativo é de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas sempre tendo como norte a satisfação do interesse público” (p. 75).

Porque as contratações públicas também se submetem a esse princípio, a formalização de uma ou mais leis que regulamente o procedimento pelo qual elas devem ser feitas é essencial para que os agentes administrativos possam proceder com as atividades gerais do Estado e a prestação dos serviços públicos. O instrumento legal criado no Brasil é a licitação pública.

Segundo Joel de Menezes a licitação pública serve como uma limitação imposta à atividade da Administração Pública, traçando uma baliza normativa muito mais estreita do que aquelas que as que se sujeitam os entre privados. Afirma também que tem como objetivo assegurar que todos os potenciais interessados em contratar com o Estado gozem de isonomia na competição. Evita-se ainda, com a licitação pública, que os próprios agentes administrativos e os terceiros interessados nas contratações possam se beneficiar ilicitamente dos contratos administrativos firmados com o poder público, de modo que se mantém a impessoalidade da atuação pública com referência ao princípio da indisponibilidade do interesse público (NIEBUHR, 2015, p. 35).

1.1.1 As modalidades de contratação direta

Feita esta breve digressão conceitual da licitação, passa-se a abordar especificamente as modalidades de contratação direta: as licitações dispensadas, as dispensáveis e as inexigíveis. Como já exposto anteriormente, a adoção da Licitação Pública é obrigatória, não tendo o constituinte deixado margem para qualquer tipo de interpretação diversa:

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Esse dispositivo não permite a menor margem de interpretação acerca da obrigatoriedade da licitação pública que garanta igualdade de condições entre os participantes, prevendo expressamente a existência de hipóteses em que não se deve proceder à licitação pública, ressalvando os casos que devem ser especificados na legislação própria (NIEBUHR, 2015, p. 103). Desta forma, existem na lei 8.666/1993 três formas que se enquadram na exceção constitucional à obrigatoriedade da licitação, são os casos de licitação inexigível, dispensada e dispensável.

A inexigibilidade, que é disciplinada no artigo 25 da lei 8.666/93, trata de casos em que a competição é inviável, de modo que se torna impossível realizar a licitação conforme o procedimento determinado pelo diploma legal. Nestes casos, há previsão de três hipóteses: i) a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros de empresa ou representante comercial exclusivo, ou seja, no caso de compra de produto que há apenas um fornecedor, é logicamente inviável promover a competição com outros possíveis interessados; ii) a contratação de serviços técnicos complexos de natureza singular – que são objetos que não podem ser descritos a partir apenas de características objetivas encontradas no mercado – prestados por profissionais ou empresas de notória especialização; e iii) a contratação de profissional de setor artístico, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Todas essas três hipóteses dependem, para a efetivação da contratação, de justificativas mais bem descritas, bem como enfrentam impedimentos como a contratação de serviços de publicidade, a vedação da preferência por marca, bem como existindo procedimentos específicos para comprovar a exclusividade de fornecedor, a notória especialização e a consagração dos artistas, detalhes aqui não abordados, porque não resguardam relevância com o tema do trabalho. Nota-se que a redação do *caput* do artigo 25 acaba com “em especial”, termo que deixa claro que as três hipóteses são meramente exemplificativas, não se tratando de um rol taxativo.

A dispensa da licitação pública, por outro lado, trata, em tese², de hipóteses em que seria possível a realização do certame licitatório, contudo, entendeu o legislador que o interesse público seria comprometido caso realizado o procedimento, não o oposto. Ainda dentro da dispensa de licitação, conta-se com duas classificações legais, a do artigo 17, que elenca duas hipóteses em que a licitação é *dispensada* e a do artigo 24, listando numerosas hipóteses a licitação é *dispensável*, como se pode observar dos referidos dispositivos, que não serão reproduzidos *ipsis literis*, em razão da sua extensão.

Contudo, extrai-se do artigo 17 da Lei 8.666/1993 que a licitação é dispensada em diversos casos de alienação de bens públicos, móveis e imóveis. Para fins exemplificativos, cita-se a doação de bens móveis para fins e uso de interesse social, ou a alienação de bens imóveis em permuta com outro imóvel.

Já os casos de licitação dispensável somam trinta e cinco incisos, prevendo diferentes hipóteses em que não é obrigatório realizar licitação, a hipótese mais conhecida, é, talvez, a dispensa de licitação em razão do valor do objeto, ou seja, objetos cujo valor é tão pequeno, que se dispensa o uso do procedimento burocrático que envolve as demais modalidades de licitação.

Muito embora a distinção entre a licitação *dispensada* e *dispensável* pareça aqui ser clara, é um tema que nem sempre é entendido desta forma, por isso traz-se também o ensinamento do professor Joel de Menezes Niebuhr (2015, p. 123-124) que afirma que a diferença entre as modalidades é solar, uma vez que a licitação *dispensada* é aquela que o legislador já afastou a obrigatoriedade do procedimento de plano, não cabendo ao administrador público fazer juízo de valor sobre a opção de dispensar ou não, sendo vinculado à dispensa legal, tendo apenas discricionariedade sobre se realiza ou não a contratação dentro das hipóteses em que a licitação é dispensada. A licitação *dispensável*, contudo, confere ao administrador público a discricionariedade de optar por dispensar ou não o procedimento administrativo, que deve analisar o caso concreto, verificar se é mais vantajoso proceder com ou sem a licitação e justificar motivadamente a sua decisão.

1.1.2 As condutas criminalizadas pela Lei 8.666/93

² Em tese, pois há casos previstos como hipóteses de dispensa de licitação em que a competição é inviável, portanto, seriam melhor adequados a hipótese de inexigibilidade da licitação.

A Licitação Pública, como instrumento da consecução do melhor interesse público, mantida a isonomia entre os competidores, contudo, por lidar com o dispêndio de recursos públicos, é vulnerável, no mais das vezes, à intervenção daqueles que não têm como finalidade o atendimento das necessidades da coletividade e, por vezes, corrompem o procedimento de modo a satisfazer interesses privados. Tais vulnerabilidades, de modo geral, são exploradas tanto pelos agentes privados, como pelos agentes públicos envolvidos no certame, levando o Estado a prever diversas formas de sanção para os atos ilícitos praticados no âmbito da Lei de Licitações, havendo sanções civis, administrativas e penais.

Uma vez que os principais bens jurídicos tutelados pela Lei de Licitações são a probidade administrativa, o interesse público e o próprio erário, poderia se presumir que o legislador, desde o princípio, planejou criminalizar as condutas que viessem a frustrar, de alguma forma, os certames licitatórios, contudo, ao observar a história recente das leis que regiam as compras públicas, percebe-se algo diferente.

Em primeiro lugar, considera-se que antes do advento da Lei 8.666/1993, as licitações públicas eram regidas pelo Decreto-lei 2.300/1986 que, embora previsse punições tanto para os agentes públicos como os privados envolvidos em atos ilícitos que visassem frustrar, de alguma forma, a licitação, previa apenas sanções administrativas, sem que houvesse a criminalização de qualquer conduta em seus arts. 71 a 74 (BRASIL, 1986).

Veja-se que, embora tenha sido decretado após o fim da ditadura militar, foi norma unilateralmente decretada pelo Presidente da República, quando a Constituição Cidadã estava em fase quase embrionária, portanto, ainda que surgida dentro do processo de redemocratização, ainda fora redigida sob a égide de uma constituição mais autoritária. Com isso, o Congresso Nacional, visando atualizar as normas de licitações públicas em face da nova Constituição, por meio do PL 1.491/1991 trouxe ao debate um novo regramento, justamente, sob a justificação de:

Regulamentar os procedimentos para a contratação de obras, serviços, compras, alienações e concessões por parte da Administração Pública direta e indireta, de modo que sejam sempre respeitados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme determina o inciso XXI do Art. 37 da Constituição (CONGRESSO NACIONAL, 1991, p. 16731).

Curiosamente, no projeto original constavam basicamente as mesmas penalidades previstas do Decreto-lei 2.300/1986, tendo as condutas criminosas sido acrescentadas apenas por meio de emendas recebidas no Senado Federal, de maneira inédita. Estes tipos penais previstos definem crimes praticados contra a Administração Pública, por essa razão, descrevem

condutas praticadas pelos particulares contra Administração e pelos próprios agentes públicos contra a Administração. Há uma preocupação especial em coibir as condutas dos agentes públicos, pressupondo que grande parte dos ilícitos ocorridos na Administração Pública são cometidos ou com a sua participação ou com a sua conivência, de modo que o artigo 83 prevê automaticamente a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo quando o agente for condenado por crime de licitação (ROCHA, 2016).

Não bastasse a previsão de punição tanto do agente público como o privado envolvido na licitação, a Lei vai além e define o conceito de servidor público, como se vê em seu artigo 84, *caput* e § 1º:

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.
§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, **quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público** (grifou-se).

Embora tal definição, possa parecer um tanto abrangente num primeiro olhar, basta comparar com a definição de agente público da Lei de Improbidade Administrativa³, para verificar-se é uma definição bastante estanque, responsabilizando penalmente uma lista restrita às categorias acima listadas.

Comparada ao Código Penal, por outro lado, a Lei de Licitações então expande o conceito de servidor público. No § 1º do artigo 327 do Código Penal, equipara-se a funcionário público “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (BRASIL, 1940). Desta forma, o trabalhador empregado de empresas contratadas pelo poder público, mas que não exercem atividade típica da administração pública, para fins do Código Penal, não são equiparados a funcionários públicos. A Lei de Licitações, a seu tempo, não faz a exigência de que a atividade exercida pelo agente seja típica da Administração Pública, aumentando a abrangência de sujeitos vulneráveis a sua aplicação (BITTENCOURT, 2016). Desta forma, a Lei 8.666/1993 expande o conceito de servidor público já previsto no Código Penal.

³ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL, 1992).

1.1.3 O crime de contratação direta indevida

O crime que abarca os casos em que a licitação é dispensada indevidamente é previsto no artigo 89, *caput* e parágrafo único da Lei 8.666/1993:

Art. 89. **Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades** pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público (BRASIL, 1993).

Note-se que, como o núcleo do tipo penal trata dos verbos “dispensar”, “inexigir” e “deixar de observar”, em primeiro momento visa implicar apenas o servidor público responsável pelo procedimento licitatório, que é quem tem, supostamente, o poder de optar pela dispensa ou inexigibilidade, contudo, uma vez o instrumento da dispensa indevida pode ser utilizada para beneficiar agentes privados que se relacionam com a Administração Pública, foi necessário penalizar também aqueles que, comprovadamente, beneficiaram-se da dispensa ilegal de licitação.

Nesta infração penal, o legislador: “exageradamente formalista criminaliza, o que, de plano, nos parece abusivo, um *error in procedendo*, o qual poderia muito bem ser resolvido no plano puramente administrativo, com as sanções que lhe são próprias.” Até porque, para a tipificação do crime, num primeiro olhar, sequer seria necessária a geração de dano ao patrimônio público, justificando-se a penalização apenas pelo perigo representado ao bem jurídico tutelado (BITTENCOURT, 2016).

O bem jurídico tutelado pelos crimes de licitação é a própria Administração Pública, como categoria e, o tipo penal em estudo, protege especialmente a regularidade, a idoneidade e a lisura da licitação, objeto de mácula pela ilicitude de uma dispensa devido procedimento licitatório. E o sujeito ativo do delito é o agente público responsável pela realização da licitação (crime próprio), podendo ser também o particular que contrata com a Administração Pública que comprovadamente se beneficia com a ilicitude do certame. Contudo, considera-se que o parágrafo único, que estende ao particular que contrata com a Administração Pública a autoria do delito, é obsoleto, tendo em vista que o dispositivo geral da coautoria ou participação, do artigo 30 do Código Penal, é suficiente para abarcar os casos de participação e beneficiamento do particular potencialmente envolvido (PRADO, 2018).

O sujeito passivo, por sua vez não merece grandes digressões, uma vez que se trata do próprio Estado, figurando na forma da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

Muito embora o crime seja comumente chamado de dispensa “indevida de licitação”, retoma-se a tipicidade para verificar que existem três modalidades para o cometimento deste crime, ou seja, é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. A primeira hipótese, de dispensar em hipótese não abarcada pelas previstas na lei não trata de toda e qualquer contratação pública direta, sem licitação, mas sim, apenas aquelas que taxativamente se enquadram no tipo penal incriminador, de forma que apenas será criminalizada a contratação direta que ocorrer fora das hipóteses anteriormente citadas – dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 (BITTENCOURT, 2016).

Enquanto as hipóteses de licitação dispensada e dispensável são taxativas na Lei 8.666/1993, como já abordado, a inexigibilidade possui apenas um rol exemplificativo, podendo o administrador público realizar uma compra mediante inexigência de licitação em qualquer caso em que a competição seja impossível. Desta forma, a configuração da tipicidade desta modalidade pode ser tarefa mais árdua, uma vez que não se trata de meramente verificar se a situação fática de enquadra numa lista.

César Roberto Bittencourt (2016) oferece ainda uma complementação a respeito da conduta criminosa, ao se referir à invocação falsa da hipótese de dispensa, quando conscientemente agente público responsável por proceder com a contratação, por exemplo, justifica a contratação direta com uma situação emergencial inexistente, ou com uma exclusividade de fornecedor de produto que se encontra no mercado.

Por fim, considera-se a hipótese em que apenas deixa-se de observar as formalidades exigidas pelos procedimentos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Ou seja, nesse caso, ainda que a realidade fática se coadune com a hipótese invocada de dispensa ou inexigibilidade, não tendo o procedimento seguido as devidas formalidades, conseqüentemente causando risco aos bens jurídicos tutelados, incorre o agente público responsável e o particular beneficiado, no crime do artigo em debate.

Tal hipótese é objeto de fortes críticas, uma vez que se trata da criminalização do erro administrativo, esta crítica, cumpre ressaltar, encontra forte ressonância com parte dos achados desta pesquisa, de modo que a diferenciação entre a inabilidade administrativa da improbidade, para muitos julgadores e doutrinadores, é um exercício necessário para a análise da culpabilidade dos agentes públicos.

O professor César Roberto Bittencourt (2016) afirma categoricamente que se trata de “um claro exagero do legislador criminalizando um simples erro administrativo, sem objetividade jurídica punível identificável, além de não produzir qualquer lesão ao patrimônio público ou mesmo à propalada ordem pública”. Tal exagero na norma criminal, põe em xeque a sua constitucionalidade, tendo em vista que ao criminalizar o mero erro viola-se o princípio da proporcionalidade.

De fato, como expõe Silvio Luís Ferreira da Rocha (2016), a conduta deve ser dolosa, de modo que a decisão administrativa de dispensar ou inexigir licitação, ou mesmo incorrer em erro no procedimento, devidamente amparado em parecer de procuradoria jurídica deveria afastar o elemento subjetivo necessário para a configuração do tipo, uma vez que não existe modalidade culposa.

Neste mesmo sentido, em caso de improbidade administrativa, trata precedente paradigmático do Ministro Teori Zavaski (2010), que considera que é razoável presumir que houve vício no ato de um agente público que age contrariamente às recomendações e pareceres de órgãos técnicos e do Tribunal de Contas. Contudo, também considera não ser razoável reconhecer ou presumir que a conduta que segue tais recomendações, especialmente quando não há dúvidas sobre a idoneidade destes pareceres e recomendações, que se criminalize o agente público. Para o Ministro, nestes casos, sequer há uma conduta movida por culpa, quanto menos por improbidade, estando a ilegitimidade do ato submetida a sanção de outra natureza, que não da ação de improbidade.

Embora o precedente trate de caso de improbidade administrativa, não de crime de licitação, ele marca de maneira importante e tem servido como paradigma para novas decisões judiciais que envolvem condutas de agentes públicos que seguem recomendações técnicas e ainda assim acabam, de alguma forma, resultando em vício ou ilicitude potencialmente ímproba ou criminoso.

Além do dolo em si, uma grande discussão presente tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira envolve a necessidade elemento subjetivo especial consistente na intenção de causar prejuízo ao erário e a verificação de efetivo prejuízo – esta última divergência que contrapõe a natureza formal e material do crime.

1.1.4 Breves considerações sobre a nova lei de licitações

Por fim, antes de se adentrar na análise dos dados coletados para esta pesquisa, é necessário tecer alguns breves comentários acerca da Lei 14.133, publicada em 1º de abril do corrente ano, há menos de dois meses da publicação do presente trabalho. O artigo 193 da nova lei tratou expressamente de revogar, na data da publicação, todos os crimes previstos na Lei 8.666/93, ao contrário dos demais dispositivos que continuam vigentes pelo prazo de 2 anos. Isso ocorre, porque a nova lei introduziu um novo capítulo no Código Penal “CAPÍTULO II-B - dos crimes em licitações e contratos administrativos”, do artigo 337-E ao artigo 337-P. O dispositivo de interesse para o presente trabalho é o primeiro:

Contratação direta ilegal

Art. 337-E. **Admitir, possibilitar ou dar causa** à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (grifou-se)

O tipo anterior era assim descrito na Lei 8.666/93:

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

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

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

Note-se que o núcleo do tipo foi bastante alterado, de modo que, no dispositivo revogado, transformava-se em verbo o ato da dispensa ou da inexigibilidade, o que de fato não limitava de maneira clara qual era a conduta criminalizada, além de criminalizar expressamente aqueles que se beneficiaram da contratação indevida, desde que tivesse concorrido pelo ilícito.

Agora tem-se verbos mais gerais, que também não dão total clareza de quais condutas efetivamente são criminalizadas, especialmente o verbo “possibilitar” para poder dar algum tipo de abertura para condutas mais omissivas.

Outro ponto que possivelmente gerará maiores debates se trata do sujeito ativo do crime, uma vez que, a Lei 8.666/93, como já exposto anteriormente, possuía uma definição de servidor público mais ampla que a definição de funcionário público do Código Penal, desta forma, é possível que novos debates também surjam a respeito do alcance dos novos crimes de licitação no que concerne quem pode cometê-los.

Contudo, no que se refere efetivamente ao objeto de estudo desta pesquisa, em princípio, nada, ou muito pouco, mudou. Embora possa haver uma nova discussão a respeito das condutas abarcadas pelo novo tipo penal, a nova lei em nada inovou com relação a exigência explícita ou implícita do elemento subjetivo especial ou de resultado naturalístico, de modo

que, em princípio, o cenário da divergência doutrinária e jurisprudencial estudada não sofrerá nenhuma modificação.

1.2 O DOLO E O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL

A discussão acerca do dolo remonta ao início dos estudos de direito penal, uma vez que o dolo, como elemento subjetivo do tipo penal, compõe a estrutura básica dos tipos penais e possui importância fulcral na caracterização de uma conduta típica. Na definição legal de dolo, como prevista no inciso I do artigo 18 do Código Penal, o crime é considerado doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL, 1940).

Numa contextualização histórica da teoria do dolo, Nelson Hungria (1978, p. 114), afasta de pronto a aplicação da teoria da representação na construção do dolo no Direito Penal brasileiro – teoria retomada em tempos mais atuais da qual se tratará mais à frente – sustentando classicamente que o dolo é constituído tanto por *representação* como por *vontade*, conceituação que, como se verá, é repetida por diversos doutrinadores até hoje.

Para Cesar Roberto Bittencourt (2020), o dolo consiste na *consciência* e na *vontade* da realização de uma conduta típica. De forma puramente natural, o dolo constitui o elemento central do injusto cometido, que é descrito como a vontade consciente da ação destinada a descumprir uma previsão legal.

O autor ainda considera a análise da intensidade do dolo, que foi retirada pela Reforma Penal de 1984 como circunstância judicial para dosimetria da pena, contudo, permanece como critério para valoração comparativa entre condutas cometidas com dolo mais ou menos intenso – por exemplo o dolo direto e o dolo eventual, neste mesmo sentido afirmam Victor Eduardo Rios Gonçalves (2019) e Luciano Anderson de Souza (2021).

Para Nucci (2021) ainda é necessário abordar o conceito de dolo normativo, que é valorado como a consciência da ilicitude do agente, nesta acepção quem age com dolo sabe que está fazendo algo proibido. Já na corrente do causalismo, o dolo é valorado por um terceiro observador – o juiz – que verificará se o agente atuou com dolo ou não, conforme as circunstâncias concretas do caso.

O autor entende como promissora essa segunda categoria, que foge de uma impossível análise daquilo que se passa na mente do autor, e avaliar, mediante as circunstâncias fáticas de maneira mais clara e segura a presença de dolo ou culpa “Assim sendo, as

manifestações externas do acusado, dentro de um critério valorativo, podem determinar se ele sabia que lesionava o bem jurídico tutelado” (NUCCI, 2021).

Quanto à composição do dolo, não se encontram divergências na doutrina pesquisada, uma vez que é relativamente pacífico que é composto pelos elementos cognitivo e volitivo. Cesar Roberto Bittencourt (2020) define esses elementos com profundidade. Sobre o elemento *cognitivo ou intelectual* há a exigência da consciência, descrita como previsão ou representação, do ato que se pretende realizar. Nesse caso, é insuficiente a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, já que tal presunção acabaria por apagar a linha existente entre o dolo e culpa. A previsão ou representação então, seria a correta compreensão dos elementos constitutivos do tipo, abrangendo a consciência acerca da realização dos elementos do tipo, do nexo causal, do próprio evento, da lesão ao bem jurídico tutelado, dos elementos de autoria, bem como de circunstâncias agravantes e atenuantes e dos elementos acidentais.

O elemento de vontade, *volitivo*, pressupõe a previsão, na medida que não é possível desejar algo do qual nem sequer se tem uma representação mental sobre, ou seja, apenas é possível existir o elemento volitivo, quando presente também, ainda que parcialmente, o elemento cognitivo. O inverso, embora falso, é indiferente para o direito penal, pois a consciência sem vontade seria inexpressiva, tomando relevância apenas quando traduzida no mundo dos fatos, gerando alguma consequência, ao menos, jurídica (BITENCOURT, 2020). No mesmo sentido define Luciano Anderson de Souza (2021).

Sobre o elemento volitivo, assim como os autores atuais, Nelson Hungria (1978, p. 115-118) esforça-se ao diferenciar as diversas formas pelas quais o autor de uma conduta teria a vontade de se chegar em um determinado resultado delituoso, criando diversos exemplos para discernir o dolo direto, o dolo eventual, de diferenciar e este último da culpa consciente, veja que nessa última operação, Hungria refere-se ao dolo eventual como a assunção do risco de produzir um resultado, já na culpa consciente o agente empreenderia a ação na esperança de que o resultado delituoso não ocorresse. Ora, tais definições embasadas no elemento subjetivo da vontade do agente geram diversos problemas de matéria prática, sobre como avaliar o elemento volitivo pelas circunstâncias do crime, tendo em vista a impossibilidade de analisar-se a psique do agente.

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 139-142) já apresentava diversas teorias do dolo que excluía o *elemento volitivo* da sua constituição, como a teoria da possibilidade, que simplifica a questão para a mera *representação* da possibilidade do resultado típico para a constituição do dolo; a teoria da probabilidade para a definição do dolo eventual,

como *representação* de um perigo concreto ao bem jurídico, ou ainda a teoria do risco e a do perigo desprotegido, variantes da teoria da possibilidade e da probabilidade, respectivamente.

Complementa a crítica ao uso da vontade como elemento constituinte do dolo Humberto Souza Santos (2008), que levanta diversas questões de natureza teórica e prática na consideração da vontade como elemento do dolo: a primeira seria uma confusão entre os próprios sentidos de vontade, apresentando diversas soluções doutrinárias para resolver questões como exemplifica no caso de um agente explodir um avião tripulado para matar apenas uma pessoa, num sentido estrito, há vontade apenas de cometer um homicídio, as demais mortes podem até ser um resultado desagradável ao autor e, numa acepção estrita de vontade, doloso seria apenas o homicídio daquele que se queria morto, os demais seriam culposos, solução obviamente absurda. Desse modo a teoria da vontade no Direito Penal acaba admitindo uma noção de “vontade” que possa abarcar casos em que não necessariamente o autor desejasse, na sua psique, resultado alcançado.

Outra circunstância problemática levantada pelo autor trata da delimitação tênue entre culpa e dolo, especialmente quando se trata da categoria de dolo eventual e culpa consciente, como já abordado anteriormente, a diferenciação de ambos acaba em diversas acepções passando por elementos emocionais do agente, sempre diversos da sua vontade psicológica (SANTOS, 2008).

Por fim, Humberto Souza Santos (2008) considera a dificuldade da comprovação prática na realidade forense. O autor afirma que a aplicação judicial das teorias volitivas do dolo acaba por provocar uma incalculabilidade e manipulabilidade das decisões judiciais, uma vez que as ferramentas disponíveis à prática forense nunca vão permitir saber estar-se diante da vontade e que nível de vontade do agente de alcançar um determinado resultado típico. Consistiria então, o uso do elemento volitivo, verdadeira máscara ao julgador ou acadêmico ao permitir-lhes afirmar que uma conduta é mais ou menos reprovável que a outra porque o autor quis ou não alcançar o resultado do ato praticado.

Vencidos estes conceitos, é necessário compreender a distinção entre o dolo chamado genérico e o dolo específico, visto que grande parte da discussão que se pretende com a presente pesquisa é analisar a necessidade ou não da presença do segundo para a responsabilização de um agente pelo crime de dispensa de licitação.

Em primeiro lugar, considera-se que, o termo dolo específico, por vezes utilizado até este ponto é considerado obsoleto, incorreto, pela doutrina, entendendo-se ser mais adequado o termo *elemento subjetivo especial*. Cezar Roberto Bittencourt (2020) justifica esse

posicionamento, pois o dolo se esgota com a consciência e vontade de realizar uma ação com a finalidade do resultado ilícito, ou assumindo o risco de produzi-lo⁴. Já uma finalidade específica, ou *especial fim* seria um elemento subjetivo do tipo autônomo e independente do dolo, seria, para além da vontade de cometer o ilícito, buscar uma finalidade especial dentro dele.

Guilherme de Souza Nucci (2021), apresenta também a conceituação do dolo pela teoria finalista, que é amplamente adotada pelo direito penal brasileiro, o dolo seria apenas um “a vontade consciente de realizar a conduta típica. As finalidades específicas expressas ou implícitas são denominadas *elementos subjetivos específicos* do tipo (expressos ou implícitos)”. Desta forma, Nucci também discorda com a forma clássica de diferenciar o dolo genérico e o *dolo específico*.

Victor Eduardo Rios Gonçalves, (2019) trata o assunto de forma semelhante, afirmando categoricamente também que a expressão “dolo específico” é uma expressão ultrapassada uma vez que, quando uma pessoa comete um ilícito com os elementos cognitivo e volitivo, basta dizer que cometeu com dolo, sendo a finalidade especial apenas outro elemento que compõe o tipo penal. Deste pensamento também não diverge Luciano Anderson de Souza (2021).

Registra-se por fim que, muito embora a doutrina aponte para a possível obsolescência do termo “dolo específico”, a jurisprudência ainda o utiliza largamente, de modo que ele ainda surgirá na apresentação deste trabalho.

1.2.1 O elemento subjetivo especial no crime de contratação direta indevida

No caso do crime de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação, o elemento subjetivo do tipo é a intenção de causar danos ao erário, o voto paradigma neste tema foi proferido no julgamento do Inquérito n. 2.482/MG em 15 de setembro de 2011 no Supremo Tribunal Federal. A relevância deste voto se reflete no seu uso como baliza por outros tribunais para o julgamento de casos semelhantes e define o dolo da seguinte forma:

2. O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (“Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”) atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação (BRASIL, 2011).

⁴ O chamado dolo eventual.

Extraí-se ainda, do voto do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011) a consideração de que o agente que faz consultas para verificar a legalidade do seu ato, que ativamente busca por realizar legalmente a contratação direta, não poderia ter a vontade de cometer ato ilícito. Ou seja, não faria sentido lógico que o agente público, munido da intenção de cometer ilícito, consultasse os órgãos oficiais sobre a possibilidade legal de proceder como pretende, menos ainda, seria possível quando os órgãos de consulta e controle opinam pela legalidade do ato, estando o administrador público resguardado de futura punição.

Esse mesmo posicionamento é observado em diversos votos de vários tribunais, inclusive vários encontrados na amostra desta pesquisa. Desta forma, apenas a título de ilustração, citam-se, do Superior Tribunal de Justiça, o HC 206.559/MG, julgado em 18 de agosto de 2015 (BRASIL, 2015a) e o RHC 57.222, julgado em 16 de junho de 2015 (BRASIL, 2015b).

Nessa linha, a doutrina de Luiz Regis Prado (2018), considera que, ainda que o tipo penal não faça alusão a elementos subjetivos do tipo, o STF exige a intenção de causar dano ao erário. O Administrativista Marçal Justen Filho (2014) vai além:

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.

Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. **É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário (grifou-se).**

Por outro lado, Cesar Roberto Bittencourt (2020), assume uma posição antagônica, citando diretamente Justen Filho na sua doutrina:

Enfim, ao contrário do que afirma, equivocadamente, Marçal Justen Filho, as condutas incriminadas no caput do art. 89 não exigem qualquer elemento subjetivo especial do injusto, a despeito de, in concreto, poder a ação incriminada ter alguma motivação especial. Havendo alguma finalidade especial, poderá transformar-se no denominado crime-meio, deixando, nessa hipótese, de ser punível a infração licitatória. Assim, por exemplo, quando o sujeito ativo deixa, propositalmente, de cumprir as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, com o objetivo definido de obter de- terminada vantagem econômica, com o afastamento do procedimento licitatório; nessa hipótese, responderá somente pelo crime-fim que, eventualmente, tal

conduta caracterizar, independentemente da natureza dos bens jurídicos em questão, bem como da maior ou menor punibilidade desta última conduta.

O que se percebe destes exemplos abordados, é que, principalmente quanto à necessidade da verificação do efetivo prejuízo ao erário, autores oriundos do Direito Administrativo são mais inclinados a posicionar-se pela imprescindibilidade do dano, ao contrário dos penalistas.

Veja-se que, se num primeiro momento os precedentes colacionados em princípio apontavam para uma certa pacificação da questão, contudo numa busca um pouco mais aprofundada começam a emergir posicionamentos dissidentes da doutrina. Aqui então emerge uma forte dúvida e curiosidade sobre quais posicionamentos e argumentos poderão ser observados no TJSC.

1.2.2 Efetivo prejuízo ao erário no crime de contratação direta indevida

Acompanhando a discussão a respeito do elemento subjetivo especial do tipo está o debate acerca da necessidade de comprovação do efetivo prejuízo ao erário. Seja pela necessidade de comprovar que a conduta, de fato, causou dano ao bem jurídico tutelado, como para fins de restituição do dano causado.

Ora, ainda que adote um posicionamento no qual possa subsistir o crime sem o efetivo prejuízo, na fixação de valor mínimo de restituição ou numa futura ação para restituição dos valores, como auferir o valor a ser ressarcido sem a comprovação do efetivo prejuízo ao erário?

Com exceção, talvez, do tipo previsto no parágrafo único, em que se exige a comprovação de um benefício ao particular para a consumação do delito, a divergência doutrinária surge já antes da etapa de verificação do efetivo prejuízo, mas na própria definição do momento em que o crime se consuma.

Ora, Luis Régis Prado (2018) sustenta que a consumação do delito, tanto na modalidade de dispensa como na modalidade de inexigibilidade, ocorre com o ato administrativo que permite o órgão da Administração Pública a realizar o procedimento de contratação direta. Para o autor, sequer é necessário proceder a assinatura ou a celebração do contrato, inclusive reconhecendo, ainda que remota, a possibilidade de crime tentado.

Contudo, parte relevante da doutrina se envereda para uma definição mais restritiva da consumação do crime, como exemplo:

Com efeito, a dispensa ou não exigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, em si mesma, não diz nada, não significa nada, nem no mundo jurídico nem no mundo fático. É um nada enquanto valor ético-jurídico, como também enquanto norma proibitiva ou imperativa de conduta penal, não passando de mera abstração, enquanto não houver contratação pública de algo (de obra, serviço ou aquisição de material). Antes desse momento fica inclusive praticamente impossível comprovar a existência ou não de vontade consciente (dolo) de descumprir o comando legal; é possível, inclusive, cancelar os trâmites administrativos, que fazem parte de uma atividade complexa (criação, redação, revisão, aprovação, assinatura, publicação etc.), sem que tais atos tenham invadido a seara da proibição penal; aliás, nem no plano administrativo gera efeito algum, não se podendo, nessa fase, sequer falar em infração administrativa. Aliás, enquanto não houver infração administrativa é impossível admitir-se a configuração de infração penal, pois esta pressupõe aquela: a ausência de ilicitude administrativa, por sua vez, impede a caracterização de ilicitude penal (lembrar-se da figura dos dois círculos concêntricos). Com efeito, a dispensa ou inexigência somente se materializa com o ato de contratar, instante em que se poderá ter por consumado o crime nessas duas modalidades de condutas, independentemente da execução do contrato.

[...]

Nessa linha, é inconcebível pretender sustentar que o crime se consuma – nas modalidades de dispensa ou inexigência de licitação – com a simples edição de um ato administrativo dispensando a realização do procedimento licitatório, como pretendem alguns doutrinadores (BITTENCOURT, 2020, grifou-se).

Se para Luiz Régis Prado, nem sequer é necessária a contratação, com mero exercício lógico, constata-se que o autor reconhece que a consumação do crime previsto no *caput* do art. 89 ocorre muito antes de se pensar em analisar se houve de fato prejuízo ao erário ou não. Victor Eduardo Rios Gonçalves (2019) sustenta a mesma tese.

Agora, Cesar Roberto Bittencourt, muito embora não aborde especificamente a necessidade da comprovação do dano ao erário, deixa muito claro que o crime se consuma no instante em que o agente público contrata com o particular, embora não pareça considerar como requisito de responsabilização do agente a comprovação do efetivo dano ao erário.

O autor, entrando na seara da lesão ao bem jurídico tutelado, questiona e, em seguida, responde:

Qual seria a lesão, dano ou ofensa ao bem jurídico tutelado se a Administração Pública não prosseguir com a efetivação da contratação, seja por constatar que se equivocou sobre a exigência legal, seja por receber orientação de sua assessoria especializada, isto é, simplesmente, por desinteressar-se espontaneamente pela opção que fizera? A resposta inevitavelmente será que não houve nenhum prejuízo, dano ou ofensa ao interesse ou patrimônio público protegido! (BITTENCOURT, 2016).

Tal afirmação, distinguindo o dano ao erário de outras formas de ofensa ao interesse público, demonstra que, para o autor, seria possível configurar o crime sem o efetivo prejuízo ao erário, desde que, lesionado o interesse público de outra forma.

Marçal Justen Filho (2014), como esperado, apresenta posição divergente dos demais doutrinadores, defende a necessidade do efetivo dano ao erário para a configuração do crime:

Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.

As análises a respeito do bem jurídico tutelado pelos crimes cometidos contra a Administração Pública, passam necessariamente pela conceituação da própria Administração Pública. Neste sentido, Luciano Anderson de Souza (2019) contextualiza o conceito, afirmando que doutrinariamente se busca conferir personalidade jurídica à Administração Pública como o Estado enquanto um ente unitário, considerado a partir das suas funções típicas, afastando quaisquer ideias anacrônicas com viés autoritário, ou de personificação do Estado num soberano.

No cenário brasileiro, Luciano Anderson de Souza (2019), a doutrina de Direito Público assume uma visão objetiva – restritiva da Administração Pública às funções específicas do executivo – ou mista, abarcando também os poderes Legislativo e Judiciário – posicionamento adotado, por exemplo, por Hely Lopes Meirelles (2016, p. 41-42), que define a Administração Pública, de formal global, como “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas” (2016, p. 68).

Já numa perspectiva do Direito Penal, continua Luciano Anderson de Souza (2019), observa-se mais convergências do que divergências acerca da definição de Administração Pública, admitindo a concepção mais ampla, incluído não somente os órgãos do Poder Executivo, mas também do Legislativo e Judiciário. Isso em razão, em especial, da definição ampla do tema trazida pela Constituição de 1988, que se impõe materialmente como o marco de interpretação em todo o direito brasileiro, seja Administrativo ou Penal.

De volta à questão do bem jurídico, especificamente sobre os crimes contra a Administração Pública, Luciano Anderson de Souza (2019) critica a teorização de que o fundamento da criminalização das condutas não estaria embasado na lesão de um bem jurídico em particular, mas nas funções exercidas pelos cidadãos e funcionários públicos em face do Estado. Isso porque essa concepção acaba por ampliar excessivamente a esfera de responsabilização penal, seja dos agentes públicos em sentido estrito, seja dos agentes privados que se relacionam com a Administração. Em crítica direta a este tipo de acepção, o autor

entende que os crimes contra a Administração Pública têm como objeto de lesão um bem jurídico comum, que consiste na função pública sob o prisma de que a Administração existe, única e exclusivamente para a asseguaração dos direitos previstos na Constituição, servindo a Administração aos cidadãos, não o inverso.

Especialmente sobre os crimes da Lei de Licitações, João Paulo Orsini Martinelli (2020), considera que comumente tem-se o princípio da legalidade como bem jurídico tutelado, porém levanta a questão para a materialidade do crime, que se considerado desta forma, exigiria a ocorrência de algum tipo de prejuízo material ao Estado, do contrário, trabalha-se a classificação de crime formal, que não exige resultado naturalístico. Martinelli sustenta que os crimes da Lei de Licitações são crimes de perigo, de modo que, ainda que considerado o erário como bem jurídico a ser tutelado, não exige que este seja vilipendiado para a configuração da conduta criminosa. Contudo, muito embora o autor reconheça a proibidade administrativa como bem jurídico tutelado, milita no sentido de que a tutela deste bem deveria ser feita por meio de normas administrativas, uma vez que não é função do Direito Penal regular as atividades do Estado.

Desta forma, assim como pode ser observado na obra de outros doutrinadores citados, há profunda divergência no que se trata da consumação do crime do *caput* do art. 89, e maior ainda quando se trata da necessidade do efetivo dano ao erário para o *caput* e parágrafo único.

Na jurisprudência não poderia ser diferente, contudo, apenas a título ilustrativo, extrai-se de dois precedentes diametralmente opostos do STJ, julgados num lapso de cerca de sete meses, ambos julgados pela Quinta Turma:

3. Para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 é imprescindível a comprovação do dolo específico de fraudar a licitação, bem como de efetivo prejuízo ao erário. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012a).

3. No tocante à alínea c do permissivo constitucional, a decisão recorrida encontra-se de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Aplicação da Súmula n.º 83 desta Corte (BRASIL, 2012b).

Em que pesem os precedentes citados datarem de 2012, a proximidade das datas dos julgamentos, bem como o reconhecimento nos votos que se estava a seguir a jurisprudência, os precedentes, da corte, além de apontar talvez para uma falta de segurança jurídica no que

concerna o respeito aos precedentes no Brasil, também aponta para uma patente discordância acerca da necessidade da comprovação de efetivo dano ao erário, cujo debate é extenso e está longe de ser esgotado.

Como se verá adiante, nos precedentes estudados por este trabalho, em que pese nenhuma das decisões tenha adotado a exigência do efetivo prejuízo ao erário, eu quase todas, os efeitos econômicos gerados pelas contratações em julgamento são amplamente considerados na valoração da conduta, seja para considera-la mais ou menos danosa.

2 OS DISCURSOS SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL E O PREJUÍZO AO ERÁRIO NOS PRECEDENTES DO TJSC DE 2020

A partir dos pressupostos teóricos analisados no capítulo anterior, é necessário discutir, então, a compreensão das câmaras criminais do TJSC quanto à responsabilização penal dos agentes envolvidos condutas potencialmente criminosas na contratação direta mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O principal aspecto analisado para a tentativa da produção de uma teoria do dolo para o crime previsto no artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei 8.666/1993 trata da necessidade da verificação da presença do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário, bem como da verificação do efetivo prejuízo potencialmente causado.

2.1 AMOSTRA INICIAL

Para a realização desta tarefa, como já brevemente abordado na Introdução deste trabalho, foi necessário delimitar uma amostra inicial para a captação de dados para a pesquisa. Tal delimitação justifica-se pela impossibilidade temporal de analisar-se todas as decisões eventualmente encontradas que tratem do assunto.

Desta forma, optou-se pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por se tratar de uma realidade mais próxima do pesquisador, bem como pelos acórdãos publicados no ano de 2020. Em que pese a variação das datas dos fatos, de 2001 a 2013, a delimitação do ano mais recente permite uma análise do que há de mais atual nos posicionamentos jurisprudenciais e no próprio raciocínio e discurso criminal adotado pelas câmaras estudadas.

Então, procedeu-se à busca de acórdãos no sistema pesquisa de jurisprudência do TJSC, disponível no *site* http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora.

Para a realização da busca foram adotados os seguintes critérios:

- a) Delimitação de período entre: 01/01/2020 e 31/12/2020;
- b) Filtro para “Direito Criminal”;
- c) As seguintes combinações de palavras-chave:
 - i) “prejuízo ao erário”;
 - ii) “dolo específico” + “dispensa”;
 - iii) “dispensa” + “licitação” + “dano”.

Registra-se que além destas três combinações, outras também foram utilizadas, contudo sempre levando ao mesmo conjunto de decisões, de modo que a repetição dos critérios apontados levará aos mesmos resultados encontrados neste trabalho.

Além disso, dos resultados apresentados pelo sistema, houve a necessidade de realizar um filtro manual mais subjetivo, com a devida leitura dos acórdãos encontrados, sendo retirados da amostra aqueles que não discutiam as teses buscadas nesta pesquisa. Além destes, também foi retirado um acórdão que se adequava aos objetivos desta pesquisa, porém era protegido por sigilo legal, o que impediu seu uso na presente pesquisa.

Ao final chegou-se a 12 acórdãos, sendo 11 julgamentos de apelações e 1 julgamento de embargos infringentes de uma destas apelações, dentre estes, ainda foram analisados 6 votos divergentes emitidos nos julgamentos, de modo que foram estudados um total de 18 votos.

2.2 OS RÉUS E SUAS CARACTERÍSTICAS

A partir da amostra inicial, diversas informações puderam ser retiradas *a priori*, sem nem mesmo adentrar nos discursos adotados nos votos com relação ao julgamento de mérito. Dentre estes, o principal elemento a ser discutido é a identidade dos réus.

Aqui é claro que não se discutirá seus nomes, mas sim características relevantes para uma compreensão mais profunda acerca das pessoas que são acusadas pelo crime em exame e chegam ao Tribunal, seja por recurso próprio ou da acusação.

2.2.1 Gênero

Em primeiro lugar verificou-se que dentre dezessete réus distribuídos em onze casos, apenas três deles eram do sexo feminino, todas ocupando o cargo de Secretária Municipal de Saúde. Já dentre os homens, além de alguns ocupantes de secretarias municipais, verificou-se a presença de cinco prefeitos e três empresários.

Muito embora o presente trabalho não busque uma análise quantitativa e não tem a pretensão de analisar a desigualdade na distribuição de poder dentro e fora do setor público, a ausência de mulheres no cargo máximo das prefeituras, bem como figurando como empresárias prestadoras de serviço ou fornecedoras para a Administração Pública não surpreende, uma vez que cada vez mais é patente a imposição de maiores dificuldades para a participação de mulheres na política e nos negócios.

Diferentemente de como será visto sobre a raça dos réus, muito embora provavelmente não houvesse grandes possibilidades de erro numa aferição visual somada com os nomes dos réus, o gênero foi confirmando mediante consulta dos documentos juntados aos autos.

2.2.2 Raça

Outro ponto que também não surpreende é que, ao buscar imagens dos réus, seja por meio de acesso direto aos interrogatórios gravados nos autos, ou quando indisponível, buscas diretas na *internet*⁵, constatou-se por um critério visual (uma vez que não há nos autos qualquer informação de autodeclaração) que todos são brancos. Neste ponto, conquanto o critério de avaliação é pessoal do pesquisador, cumpre destacar que ele também se autodeclara como branco.

Esse esclarecimento é importante para alertar ao leitor sobre possíveis vieses do autor na avaliação dessa característica fenotípica dos réus.

2.2.3 Faixa etária

A idade dos réus na época dos fatos, também averiguada mediante consulta nos documentos juntados aos autos, variou de 37 a 63 anos, ficando na média de aproximadamente 47 anos. Essa faixa etária já era esperada por se tratarem, ou de prefeitos eleitos, ou de servidores do alto escalão das Administrações Municipais, agentes dos quais espera-se maior experiência de vida e profissional, dadas as naturezas das funções exercidas.

2.2.4 Escolaridade

Por fim e talvez mais importante, a característica que mais dialoga com os resultados obtidos na análise dos julgados é a escolaridade e a profissão dos réus. Dos prefeitos foi verificado-se mediante consulta ao sistema do TSE, que mantém disponíveis os dados declarados por todos os candidatos aos cargos eletivos.

⁵ Buscas realizadas em www.google.com.br

Nesta esfera, dos 17 réus, sobre 5 não foi possível averiguar a informação, contudo, dos 12 restantes, apenas 5 possuíam ensino superior completo na data dos fatos, variando a escolaridade dos demais, desde ensino fundamental incompleto até ensino superior incompleto.

Dentre prefeitos e empresários, não chega a surpreender a presença de réus com baixa escolaridade, contudo, há pelo menos duas ocorrências de ocupantes de secretárias municipais sem curso de ensino superior. Por um lado, tal situação é possível dada a natureza de livre nomeação dos cargos, por outro, ela se destaca também pela capacidade técnica, em tese, exigida dos ocupantes de tais cargos, como nas áreas de saúde e infraestrutura.

2.3 A TEORIA FUNDAMENTADA NOS DADOS COMO MÉTODO DE PESQUISA

Como já exposto na introdução deste trabalho, a presente pesquisa visa, por meio da Teoria Fundamentada nos Dados, identificar padrões de discurso e traçar uma teoria sobre o dolo no crime de contratação direta indevida, com base nos julgados do TJSC.

Como base teórica para a o uso desta ferramenta metodológica, partiu-se da TFD de abordagem compreensiva, com o referencial teórico da Kathy Charmaz (2009).

Sobre os acórdãos coletados passou-se a realizar a codificação dos incidentes, tidos no presente trabalho como os blocos de argumentação presentes dentro de cada voto que fizesse referência a uma mesma tese. Desta forma, por vezes, foi possível, na codificação inicial, criar um código para um parágrafo inteiro e, em outras, pequenos trechos dentro de frases que, embora curtos, fizessem de alguma forma menção a um argumento relevante para o julgamento do mérito dos casos.

O exercício de codificação inicial acabou por gerar uma quantidade demasiado grande de códigos – mais de 100 no total, que não serão descritos um a um por respeito ao leitor –, como esperado numa amostra de tamanho razoável contando com diversos votos de posicionamentos divergentes.

A partir deste exercício, passou-se a realizar a codificação focalizada (CHARMAZ, 2009, 87-90), que permitiu a concentração da maioria destes códigos em grandes categorias de discurso, um procedimento que, como afirma Charmaz (2009, p. 87) não é totalmente linear, mas exigiu que um retorno a cada acórdão analisado para entender as relações entre os códigos criados. Neste mesmo momento, também surgiu a necessidade da redação de memorandos iniciais que, conforme as categorias foram se solidificando na codificação focalizada, também foram ganhando maior corpo.

Numa nova repassada sobre os códigos, realizou-se a codificação axial, que tem como principal objetivo de melhor desenvolver as propriedades e as dimensões das categorias criadas, reagrupando dados fragmentados e trazendo maior coerências e facilidade para a analisar os dados.

A partir da realização destes procedimentos, por vezes retornando até mesmo à codificação inicial, foi possível desenvolver *sete* grandes categorias teóricas dos discursos adotados nos dezoito votos analisados. São elas:

- a) os princípios da Administração Pública como bem jurídico tutelado pelo crime de contratação direta indevida;
- b) a verificação de irregularidades no procedimento de contratação como elemento do dolo dos agentes;
- c) A natureza formal do crime e a prescindibilidade de resultados naturalísticos para sua consumação;
- d) a motivação, legítima ou não, como elemento constituinte do dolo dos agentes;
- e) a distinção da conduta inepta da conduta ímproba, como método de aferição da presença de dolo na conduta dos agentes;
- f) a tentativa de regularização da situação ilícita como elemento do dolo;
- g) o resultado efetivo alcançado pela contratação em face do interesse público como elemento constituinte do tipo penal.

É com base nessas categorias finais que os resultados das análises serão apresentados.

2.4 A ESTRUTURAÇÃO DOS DISCURSOS

Como exposto na subseção anterior, foi possível desenvolver sete grandes categorias teóricas dos discursos adotados nos 18 votos analisados.

Da amostra coletada, com exceção de um acórdão para cada “lado”, os posicionamentos que exigem, ao menos, o elemento subjetivo especial para a configuração do crime foram absolutórios, já os que entendiam pela prescindibilidade de tal elemento, bastando o dolo genérico, foram condenatórios.

Da mesma forma, excetuando duas categorias, todas acabaram divididas entre acórdãos condenatórios e absolutórios, sem que um mesmo tipo de discurso analisado fosse utilizado numa decisão de mesma natureza.

Quanto à motivação, embora a explicação seja um tanto quanto óbvia, é necessário externar que surgiu tanto em decisões absolutórias como em condenatórias, pois a categoria englobou tanto as decisões em que os órgãos julgadores verificaram a presença de intenções legítimas, probas, morais, mas também casos em que as motivações dos réus foram consideradas inidôneas, ilegítimas, imorais. Maiores detalhes sobre esses argumentos podem ser consultados na subseção 2.4.4.

Na categoria relativa à tentativa de regularização da situação, por outro lado, um fato curioso ocorre, verificou-se que o discurso sobre exatamente a mesma circunstância figurou em algumas decisões como elemento absolutório e, em outra, como elemento que favorecia a condenação. O aprofundamento desse aspecto pode ser verificado na subseção 2.4.6.

Como vários acórdãos estudados figuram repetidamente na análise de diferentes categorias teóricas a seguir, para facilitar a leitura e compreensão da exposição, os votos utilizados para este estudo foram organizados e identificados nesta tabela:

Tabela 1 – Acórdãos do TJSC integrantes da amostra

Identificador	Processo nº	Relator Des.	Referência
ACÓRDÃO A	0004716-70.2009.8.24.0015	Ariovaldo R. R. da Silva	SANTA CATARINA, 2020a
ACÓRDÃO B	0002112-82.2014.8.24.0041	Carlos Aberto Civinski	SANTA CATARINA, 2020b
ACÓRDÃO C	0001361-50.2013.8.24.0035	Paulo Roberto Sartorato	SANTA CATARINA, 2020c
ACÓRDÃO D	0900115-60.2015.8.24.0055	Norival Acácio Engel	SANTA CATARINA, 2020d
ACÓRDÃO E	0900097-84.2014.8.24.0019	Salete Silva Sommariva	SANTA CATARINA, 2020e
ACÓRDÃO F	0002718-06.2012.8.24.0163	Ernani Guetten de Almeida	SANTA CATARINA, 2020f
ACÓRDÃO G	0000342-17.2017.8.24.0084	Ernani Guetten de Almeida	SANTA CATARINA, 2020g
ACÓRDÃO H	0900024-32.2017.8.24.0044	Ernani Guetten de Almeida	SANTA CATARINA, 2020h
ACÓRDÃO I	0003605-45.2016.8.24.0067	Luiz Cesar Schweitzer	SANTA CATARINA, 2020i
ACÓRDÃO J	0002973-52.2009.8.24.0103	Antônio Zoldan da Veiga	SANTA CATARINA, 2020j
ACÓRDÃO K	0002178-13.2016.8.24.0067	Antônio Zoldan da Veiga	SANTA CATARINA, 2020k
ACÓRDÃO L	0000567-90.2020.8.24.0000	Sidney Eloy Dalabrida	SANTA CATARINA, 2020l

2.4.1 Os princípios da Administração Pública como bem jurídico tutelado pelo crime de contratação direta indevida

Muito embora esta linha argumentativa tenha sido levantada apenas por um desembargador em dois diferentes votos como fundamento para a criminalização da conduta de contratação direta fora das hipóteses legais, há dois motivos para que se tenha considerado como uma categoria relevante e autônoma na pesquisa: i) precedentes desse desembargador é citado em todos os demais acórdãos que não exigem o elemento subjetivo especial como parte da fundamentação; ii) o mesmo fundamento também é utilizado para exigir o elemento subjetivo especial por outro desembargador.

Na linha de fundamentação expressada nos ACÓRDÃOS B e L, a Lei de Licitações visa não apenas proteger o erário, mas todo um arcabouço de princípios que regem a administração pública, em especial a isonomia, a impessoalidade e a probidade administrativa.

Neste sentido, talvez o trecho que tenha revelado com maior clareza a ideia seja o seguinte:

E mais. **Vê-se que é totalmente inadequado, seja sob a ótica penal, seja sob a inteligência sistemática das leis e princípios que regem a Administração Pública, exigir que somente com a configuração de prejuízo monetário é que se verifique o ato criminoso e atentatório aos entes administrativos**, mormente quando se está diante de uma ordem jurídica que erigiu a legalidade, a moralidade e a impessoalidade como princípios constitucionais de observância obrigatória pelos servidores públicos, por força do disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 (SANTA CATARINA, 2020l, grifou-se).

Para o Relator o descumprimento doloso do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, por si só, já é punível criminalmente, pois, ainda que eventualmente tal conduta não gere um dano aferível à Administração Pública, ele fere princípios basilares do Direito Público. O discurso é centrado em dois principais argumentos: *o da moralidade e o da isonomia*.

A moralidade administrativa é ferida, segundo entendimento do Relator, pela inobservância da norma legal de adoção obrigatória - a adoção do procedimento licitatório em casos que não se enquadram nas exceções citadas pelo inciso XXI do artigo 37 da CF.

Já a isonomia, vem da lógica de que, uma vez não adotado o procedimento licitatório adequado, todos aqueles que eventualmente viriam a concorrer para a contratação, são frustrados dessa possibilidade ao se proceder a um procedimento de dispensa ou inexigibilidade

indevido, ferindo tanto o direito do particular de prestar serviços ao Estado, bem como da Administração Pública, de buscar a melhor oferta.

Tal linha de fundamentação foi expressada num voto condenatório, contudo, o mesmo desembargador, ao participar de julgamento de embargos infringentes no ACÓRDÃO L, lançou mão da mesma fundamentação para, contudo, acompanhar o voto do relator por fundamentos diversos.

Isso porque o acórdão absolve os acusados também sob o fundamento da ausência do elemento subjetivo especial de causar dano e da verificação do efetivo prejuízo, então, como forma de reafirmar seu posicionamento, o desembargador em questão afirmou:

Ressalto que o entendimento não decorre tão somente da interpretação literal do mencionado tipo penal, mas também do fato de que as contratações públicas, segundo estatuído no art. 37 da Constituição Federal, devem obedecer, de forma ampla, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assegurando, de forma específica, nos termos do inciso XXI, a "igualdade de condições a todos os concorrentes". **O erário, portanto, não é o único elemento resguardado pela Lei de Licitações, e por consequência, também não é o único bem jurídico tutelado nos tipos penais por ela previstos.** (SANTA CATARINA, 2020l, grifou-se).

Um discurso completamente oposto se verifica nas declarações de voto vencido nos ACÓRDÃOS F e H. Muito embora o desembargador também reconheça que o bem jurídico protegido pelo crime seja o *princípio da moralidade administrativa* entende que para haja afronta a esse princípio, é necessário verificar-se a presença de dolo específico de causar danos ao erário, em especial, quando se puder verificar o dano.

O entendimento é de que o ato de dispensa, ainda que confirmadamente indevido, apenas afrontaria a noção, o princípio da moralidade, quando fosse recoberto de uma intenção imoral. Ou seja, muito embora presente o dolo genérico - no caso, a consciência de que se trata de um procedimento ilegal - apenas seria possível criminalizar a conduta quando, de fato, o agente possuísse uma intenção ilegítima. Desta forma, quando verificado que não houve nem a intenção de a ocorrência fática de beneficiamento dos participantes nem dano direto ao erário, estaria ausente qualquer dano ao bem jurídico da Moralidade Administrativa e, portanto, não haveria crime.

Deve ser destacado também que todos os votos contrários ao posicionamento da necessidade do elemento subjetivo especial em debate, reconhecem que a jurisprudência majoritária é contrária ao seu entendimento. No caso da seguinte declaração de voto no ACÓRDÃO L, o desembargador lança mão da seguinte explanação acerca da divergência jurisprudencial:

No campo jurisprudencial, não desconheço os diversos julgados, inclusive monocráticos, dos Tribunais Superiores em sentido contrário ao posicionamento ora sustentado. No entanto, observo que em decisão mais recente, o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Roberto Barroso, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 696.533/SC, apontou para uma possível revisão do posicionamento. Retiro minha conclusão do seguinte trecho da ementa do referido acórdão:

[...] os tipos penais em análise não exigem a ocorrência de dano ao erário. Como se sabe, a regra para a contratação pelo poder público é que os contratos sejam precedidos de procedimento licitatório, assegurando a concorrência entre os participantes, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. **Por esta razão, as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação são taxativas e não podem ser ampliadas. O bem jurídico tutelado aqui é, em última instância, a própria moralidade administrativa e o interesse público, prescindindo a consumação dos delitos em análise, repita-se, da ocorrência de dano ao erário, uma vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de hígidez no procedimento licitatório** (SANTA CATARINA, 2020I, grifou-se).

Talvez o julgado não tenha tanta relevância na construção do discurso em análise, contudo se entendeu pela necessidade de trazê-lo, pois identificou-se um erro básico quanto às hipóteses de inexigibilidade de licitação, que, e não há divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre isso, são exemplificativas, como já exposto na Seção 1 deste trabalho.

Logo, parece pouco provável que um voto isolado e com tamanha deficiência de fundamentação possa ser um precursor de uma virada na jurisprudência dominante. Ao que parece, na busca de fontes jurisprudenciais, além da reafirmação de decisões passadas da mesma câmara ou algumas outras esparsas do TJSC, o relator busca qualquer possibilidade de trazer maior robustez ao argumento lançado, ainda que em embasado o voto em precedente com deficiências básicas em seu conteúdo.

2.4.2 A verificação de irregularidades no procedimento de contratação como elemento do dolo dos agentes

Nesta categoria já se trabalham com cinco votos de três diferentes desembargadores. Em análise do ACÓRDÃO B, observa-se que o objeto da contratação, por suas qualidades intrínsecas, no caso o preço, não se adequa à dispensa de licitação, isso porque, ao se somar as compras do mesmo produto feitas naquele exercício financeiro, excedeu-se o limite legal de, na época, R\$ 8.000,00 para dispensa de licitação pela hipótese de preço baixo.

Ainda, no caso, sequer houve a contratação formal entre a Administração Pública e o fornecedor, havendo apenas as notas fiscais tomadas pela empresa e inexistente processo licitatório

que, obrigatoriamente, deve ser anterior à eventual formalização de contrato. Nada disso ocorreu.

No mesmo sentido, verificou-se a inoportunidade de situação emergencial que justificasse a compra, o que era parte do argumento defensivo. Mesmo que verificado caráter emergencial, a ausência de adequação ao devido procedimento de dispensa, com o processo administrativo, publicação dos atos em diário oficial, etc. já demonstram a furtividade do administrador público ao realizar os gastos de maneira “praticamente irrastrável”.

Já no ACÓRDÃO C, a justificativa de tratar-se de único fornecedor não se sustenta quando verificado em levantamento feito por profissional habilitado que há outros potenciais fornecedores do produto procurado pela administração.

Na análise do processo administrativo e no processo judicial pôde-se constatar que tanto o administrador público como empresário tinham conhecimento da existência de outros potenciais fornecedores e, não obstante, procederam à contratação mediante inexigibilidade de licitação pela impossibilidade de competição. Isso somado ao fato que não houve a menor das diligências para verificar se de fato não havia outros potenciais fornecedores, a fim de justificar a não adoção do procedimento licitatório.

Na sequência analisam-se três acórdãos de um mesmo relator, os ACÓRDÃOS F, G e H, que seguem uma fundamentação semelhante.

No primeiro (ACÓRDÃO F), a compra de diversos produtos da mesma natureza (impressoras), para um mesmo setor (educação) configura fracionamento do objeto, devendo os valores das compras serem considerados em conjunto para fins de análise do critério de valor para dispensa de licitação, tendo no caso excedido os R\$ 8.000,00.

No caso concreto, o Relator entendeu inclusive que a aquisição direta das fotocopiadoras, compradas sequencialmente da mesma empresa e enviadas ao mesmo setor demonstravam o “dolo específico” do agente público.

No segundo (ACÓRDÃO G), tem-se que o fracionamento de serviços e produtos destinados a um mesmo objeto não pode ser feito para evitar o procedimento licitatório, no caso, foram realizadas 11 contratações de serviços e materiais para reforma de um pavilhão industrial, somando cerca de 24 mil reais. Assim como em outros casos, se observa a ausência de comprovação de situação emergencial que justificasse a dispensa da licitação, em desconformidade com a previsão legal (artigo 26, da Lei 8.666/93).

E no terceiro (ACÓRDÃO H), a presença do elemento subjetivo especial é reforçada pela ausência de procedimento formal para a compra, em especial, pois comprovado por prova

testemunhal e interceptação telefônica que o agente tinha ciência da obrigatoriedade do procedimento formal.

O principal elemento que permeia o discurso de todos os votos é o apontamento das irregularidades objetivas nos procedimentos como elementos que compõe o dolo genérico para a conduta, com a exceção do ACÓRDÃO C. Ou seja, a conclusão tomada pelos desembargadores é de que se a lei foi descumprida por iniciativa dos acusados, tal emento evidencia a sua intenção de cometer o ato criminoso.

Frases como: “Como se vê, quem esteve à frente do procedimento ilegal foi o acusado em questão, o qual, comprovadamente, tinha ciência da necessidade de realização do procedimento licitatório para aquisição do combustível” (SANTA CATARINA, 2020b), “O apelante, no papel de administrador público, embora tivesse plena ciência das regras básicas que regem a dispensa emergencial de licitação, optou conscientemente por usar de artifício para aquisição direta de combustível” (Ibidem), “O arcabouço probatório é contundente no sentido de que, conscientes da existência de múltiplas empresas atuantes na região, os acusados deliberadamente optaram por se valer de uma irregular declaração de inexigibilidade de licitação pra adquirir livremente, em múltiplas e sucessivas vezes, por um preço estipulado arbitrariamente, milhares de metros cúbicos do chamado cascalho, o que resultou no dispêndio de elevadíssima cifra oriunda dos cofres públicos, próxima à casa de um milhão de reais” (SANTA CATARINA, 2020c), ajudam a ilustrar melhor o raciocínio tomado.

Ainda no exemplo do mesmo ACÓRDÃO C, que se fala de prejuízo na “casa de um milhão de reais”, não há nos autos qualquer esforço para a quantificação exata do prejuízo causado, havendo inclusive voto divergente afirmando que nem sequer houve prejuízo, o que será abordado na subseção 2.4.7.

2.4.3 A natureza formal do crime e a prescindibilidade de resultados naturalísticos para sua consumação

Quanto a necessidade de verificação de efetivo prejuízo, a jurisprudência é mais tendente para o reconhecimento do crime como formal.

Nesta categoria, embora não se tenha alcançado uma grande profundidade teórica por meio dos votos estudados, entendeu-se relevante a sua exposição, uma vez que se opõe frontalmente à categoria da subseção 2.4.7 e é parte elementar desta pesquisa.

Para os relatores dos ACÓRDÃOS A, B e C, o crime da dispensa indevida de licitação não exige qualquer resultado naturalístico, bastando o ato irregular, reforça que este é o entendimento da 1ª câmara. Reforça, inclusive pelo posicionamento da 1ª câmara, que o crime de dispensa indevida independe de elemento subjetivo especial, uma vez que o tipo penal não traz explícita ou implicitamente essa exigência.

Se o tipo diz que "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade" constitui o crime, é incabível se exigir a presença de elemento subjetivo especial ou de efetivo prejuízo ao erário, pois a conduta correspondente à dispensa ou à inexigibilidade, em caso não previsto em lei, reúne todos os elementos da definição do art. 89 da Lei de Licitações (SANTA CATARINA, 2020b).

Embora sustentem de forma divergente à jurisprudência do STF em relação à exigência de elemento subjetivo especial, seguem o posicionamento majoritário quanto à necessidade de resultado naturalístico do efetivo prejuízo ao erário, ou seja, a natureza formal do crime, quando nem sequer é necessária a efetiva contratação.

2.4.4 A motivação como elemento constituinte do dolo dos agentes

Na ACÓRDÃO F, condenatório, nota-se um diálogo muito forte com a categoria anterior, isso porque aqui, a ausência de procedimento formal para a contratação pública demonstra a intenção deliberada de causar danos aos cofres públicos.

Ainda, o elemento subjetivo especial estaria demonstrado pelas compras diretas terem sido realizadas pouco tempo depois de dois procedimentos licitatórios para a obra do mesmo pavilhão, tendo superado em mais de 100% o valor limite para o tipo de contratação.

Já no ACÓRDÃO I, a contratação da empresa sobre a qual o Secretário de Infraestrutura respondia como se administrador fosse, evidencia o intuito de beneficiamento indevido, o elemento subjetivo de causar danos ao erário para benefício privado.

No segundo caso, de fato parece que se está diante de uma irregularidade gravíssima e provavelmente criminosa, há um agente público ocupando o papel de contratante e contratado, o que é expressamente proibido pela Lei e acaba por desvirtuar completamente a lógica das contratações públicas.

Agora no primeiro caso, observa-se um discurso bem diferente:

Soma-se a isso o fato de que todas as contratações, além de não terem sido antecedidas de procedimento prévio e formal, superaram, mais do que 100% (cem por cento) dos valores previstos no art. 24, II, da Lei 8.666/1993, o que demonstra a intenção deliberada em causar dano aos cofres públicos. Nesse contexto, não parece crível que o apelado, após a realização de um procedimento de licitação para doação

com encargos do galpão a uma empresa e transcorridos 2 (dois) meses das outras 2 (duas) licitações realizadas para reformá-lo e ampliá-lo, não estivesse agindo com dolo específico de causar dano ao erário, especialmente em razão de 11 (onze) compras diretas e aquisições de serviços para a mesma finalidade, no período de 1 (um) mês, que totalizaram a significativa quantia de R\$ 24.117,43 (vinte e quatro mil, cento e dezessete reais e quarenta e três centavos), sob o pretexto de que não estavam previstos e de que eram urgentes (SANTA CATARINA, 2020f).

O argumento possui dois elementos fundamentais: i) o descumprimento dos limites legais para dispensa de licitação por baixo valor revela a intenção de causar dano; ii) o fato do agente já ter licitado regularmente sobre o mesmo objeto meses antes, também aponta para sua intenção escusa no caso concreto.

Tais elementos levam a duas conclusões inescapáveis: a primeira é que um administrador público que já tenha acertado, não pode mais cometer erros sobre o mesmo tipo de procedimento; a segunda é que, ainda que possa se exigir a presença do elemento subjetivo especial de causar danos ao erário, o mero descumprimento da lei já é assim considerado, portanto esvaziando a necessidade de comprovação do “dolo específico”.

Agora, quando se trata da motivação dos agentes, há uma forte corrente de argumentação pela absolvição dos acusados. A “presença de intenções legítimas” entra como uma subcategoria de análise, até mais robusta do que o restante da categoria, uma vez que foi extensamente trabalhada pelos julgadores.

No ACÓRDÃO A, muito embora o relator tenha afastado a necessidade da presença do elemento subjetivo especial, no caso, entendeu estar ausente o próprio dolo genérico, tendo como um dos argumentos a presença do intuito de imprimir celeridade à aquisição das peças necessárias à frota de veículos da prefeitura.

Já no ACÓRDÃO D, além de considerar a grande inépcia dos gestores públicos no caso, o Relator também verificou que o serviço anteriormente prestado era considerado de qualidade péssima pelos gestores, ainda que contratado mediante licitação, ou seja, a intenção dos gestores seria o melhor serviço para a cidade.

Outros dois votos, que são de um mesmo relator (ACÓRDÃOS J e K), trazem um discurso na mesma linha. No primeiro verificou que não houve qualquer intenção de benefício ilegal próprio ou de terceiros e também que não havia outra opção de contratação na municipalidade, de modo que a intenção da gestora era apenas de prestar o serviço público. No segundo, encontra-se uma situação de dificuldades no município, em que uma unidade básica de saúde corria o risco de fechamento por questões de vigilância sanitária, tendo os agentes sido movidos única e exclusivamente pelo interesse público.

Já no ACÓRDÃO L, que trata de embargos de divergência, surge uma questão mais curiosa para a pesquisa, tendo em vista que é uma decisão que reforma o ACÓRDÃO H. Lá se considerou que:

Na hipótese, de todo modo, o dolo específico da apelante restou suficientemente comprovado, haja vista que realizou a contratação direta de material, sem o devido procedimento prévio e formal, conforme exige a Lei 8.666/93, mesmo sabendo da sua necessidade (SANTA CATARINA, 2020h).

Já no julgamento dos embargos de divergência, muito embora também tenham sido verificadas as irregularidades do procedimento, entendeu-se que a agente pública era movida por intenções legítimas, senão:

Compulsando os autos, verifiquei que a) o pedido não passou previamente pelo setor de compras competente para que fosse formalizado o procedimento de aquisição direta; b) não houve prévia pesquisa de preços e c) tampouco houve o prévio empenho da despesa. Tais circunstâncias são, sem sombra de dúvidas, indicativos da prática do crime de dispensa irregular de licitação, pois, mesmo que se trate de dispensa em razão do pequeno valor (art. 24, II, da Lei 8.666/93), é sabido que a aquisição deve percorrer ao menos um procedimento simplificado, que permita, em atenção aos princípios basilares da administração, auditar a necessidade da compra, os motivos de escolha do produto e a adequação dos preços, para que, ao final, seja lançada a respectiva nota de empenho. **No entanto, em que pese a conduta aparentemente se amoldar àquela do art. 89, a investigação criminal deixou claro que a embargante não agiu com o dolo genérico de descumprir as formalidades mínimas da contratação.** Segundo a prova testemunhal, a encomenda dos jalecos foi motivada por uma iminente fiscalização do Ministério da Saúde, que exigia dos municípios a disponibilização de um jaleco para cada funcionário das unidades básicas de saúde para fins de repasse financeiro pelo Programa Nacional de Melhoria do Acesso e da Qualidade da Atenção Básica (PMAQ) (SANTA CATARINA, 2020i – grifou-se).

Note-se que na primeira análise identificou-se a presença de “dolo específico” na conduta, nos embargos de divergência, no voto divergente acima destacado, entendeu-se pela ausência de dolo genérico e o voto vencedor, também absolutório, reconhece que as legítimas intenções da contratação colocam em xeque a presunção de que o elemento subjetivo especial pode ser extraído do mero descumprimento da lei.

2.4.5 A distinção entre a conduta inepta e a conduta ímproba, como mecanismo de aferição da presença de dolo na conduta dos agentes

Um dos argumentos mais interessantes na construção do dolo nos discursos estudados trata da inépcia dos agentes públicos.

Num primeiro momento pode-se imaginar até que tal argumento poderia estar atrelado a escolaridade dos envolvidos, contudo, ao menos na amostra analisada, tal correlação não se

verificou. Desta forma, não há exatamente uma justificativa subjetiva para a adoção deste argumento, senão as próprias condutas praticadas e as provas produzidas.

O voto mais contundente nessa linha é o do ACÓRDÃO D. Muito mais que os demais, o presente voto tem um foco bastante grande na distinção da conduta descuidada, inabilidosa, talvez ignorante do administrador público, das condutas de fato criminosas.

Por cerca de 6 incidentes dentro do acórdão o argumento da incapacidade, inabilidade imaturidade surge. Termos como *“ato de bravata”, “atitude heroica”, “imaturidade gerencial”, “atitudes precipitadas e nada ortodoxas”, “atitude presunçosa”, “inabilidade invulgar, quase grosseira”*, são utilizados no decorrer do voto, chegando ao ponto de parecer que o administrador público, inclusive seu consultor jurídico, seriam agentes com necessidade de algum tipo de tutela, não completamente responsáveis pelos seus atos.

Como já apontado, dentro da amostra inicial de 12 casos estudados, diversos réus não possuem formação superior, alguns nem mesmo ensino médio ou fundamental completo, contudo, no presente caso temos um engenheiro (prefeito) e um advogado (consultor jurídico).

O relator conclui que atos dessa natureza, muito embora repreensíveis pelo mau trato com a coisa pública, não são criminosos, uma vez que não são revestidos do elemento subjetivo necessário à configuração de crime, não havendo vontade de causar dano ou de beneficiamento próprio ou de terceiros.

Na mesma linha, contudo, com resultado diverso, o relator no ACÓRDÃO C reconhece que há distinções entre a inabilidade administrativa, o trato descuidado e meramente irregular em relação às condutas de fato ímprobas, reconhece que, no caso, há elementos suficientes para evidenciar o elemento subjetivo especial exigido pelo tipo penal.

Em sentido semelhante, no ACÓRDÃO G, o desembargador vencido considera que não se verifica intenção de burlar a lei de licitações na conduta analisada, mas sim planejamento deficiente por parte da administração, que acabou por forçar a contratação fora das hipóteses.

Ora, o objetivo do crime em tela **não é punir o administrador público despreparado, inábil, mas sim o desonesto, que tinha a intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida**. Por essa razão, é necessário sempre analisar se a conduta do agente foi apenas um ilícito civil e administrativo ou se chegou a configurar realmente crime (SANTA CATARINA, 2020g – grifou-se)

Nesta categoria temos um diálogo interessante com a categoria da proteção dos princípios da administração pública, em especial com os votos vencidos nos ACÓRDÃOS F e H. Isso porque aquele desembargador expressa que apenas há ataque ao princípio da moralidade administrativa quando há um elemento subjetivo especial imoral, ímprobo, ou seja, caso a

conduta do agente tenha sido motivada por mera incompetência, não se estaria diante de um crime, no mais a um ilícito civil ou administrativo.

2.4.6 A tentativa de regularização da situação ilícita como elemento do dolo dos agentes

A tentativa de correção de rumo também traz um conflito nos posicionamentos dos desembargadores, do lado condenatório, vê-se malícia e tentativas de ocultar o ilícito cometido, do lado absolutório tem-se uma clara intenção de proceder regularmente com a correção das ilegalidades. Das decisões condenatórias, extraem-se os seguintes argumentos:

Para darem ares de legitimidade à sequência de compras ilícitas, os agentes públicos **teriam se valido de um processo administrativo no qual maliciosamente ignoraram as previsões legais a respeito da matéria e concluíram pela inexigibilidade de licitação para a aquisição do material pretendido**, dada a suposta inviabilidade de competição em relação ao objeto da compra (SANTA CATARINA, 2020c – grifou-se)

Portanto, das interceptações telefônicas e da prova oral colhida, infere-se que a apelante realizou a compra direta dos jalecos, sem o devido procedimento de dispensa de licitação mesmo ciente de sua necessidade, **tentando, posteriormente, buscar medidas a fim de imprimir aparente legalidade à contratação irregular já realizada.**

[...]

Na hipótese, de todo modo, o dolo específico da apelante restou suficientemente comprovado, haja vista que realizou a contratação direta de material, sem o devido procedimento prévio e formal, conforme exige a Lei 8.666/93, mesmo sabendo da sua necessidade, **tendo posteriormente tentado incutir ares de legalidade às compras, solicitando outros três orçamentos à empresa já contratada**, conforme provas colacionadas, em especial as transcrições das interceptações telefônicas (SANTA CATARINA, 2020h – grifou-se).

E das absolutórias:

Há de se ponderar, ainda, que, existisse intenção de direcionamento do serviço a alguma empresa para lesionar o erário, **seria muito mais fácil e cômodo aos Apelados simplesmente continuar, por repetidas vezes, a adjudicar o objeto da licitação de forma direta**, nos termos do art. 24, IV, da Lei 8.666/93, para quem lhes agradasse mais. Mas não. **O que se percebeu foi uma vontade clara dos agentes públicos de regularizar o serviço de manutenção da iluminação pública municipal por meio do devido processo licitatório, com o qual não conseguiram lidar adequadamente, em razão, provavelmente, de ser o primeiro do matiz e**, ademais, ter sido permeado de discussão, não só administrativa, como também no âmbito judicial (SANTA CATARINA, 2020h – grifou-se)

Também verifico do caderno processual que, após realizar a encomenda, **a embargante tomou providências para que a aquisição direta fosse regularizada.** Assim, conforme se extrai das interceptações telefônicas, **requereu pesquisa de preço e a apresentação de documentos de regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista da empresa à empresa Top Lyne. A tentativa de regularização, é verdade, ocorreu a destempo. No entanto, corrobora o fato de que a embargante**

não agiu com má-fé, já que além de tudo, não foram colhidos indícios de valores superfaturados ou de direcionamento indevido com o fim de beneficiar a terceiros ou a si próprio.

Ressalto, a propósito, que se trata de dispensa de licitação em razão do pequeno valor e que, embora haja recomendações dos Tribunais de Contas, bem como instruções normativas no âmbito no governo federal regulamentando a pesquisa de preços em contratações por dispensa de licitação desse gênero, a própria Lei 8.666/93 não traz maiores minúcias acerca do procedimento a ser observado. **Assim, considero que a irregularidade se restringiu à esfera orçamentária, dada a realização de despesa sem prévio empenho (o que, inclusive, retardou o efetivo pagamento à fornecedora)**, não havendo maiores indícios de que a embargante agiu imbuída de ânimo doloso na aquisição dos referidos jalecos. Desse modo, voto pelo acolhimento dos embargos infringentes, a fim de que a embargante seja absolvida da conduta que lhe foi imputada, divergindo, no entanto, no que toca aos fundamentos adotados pelo relator (SANTA CATARINA, 2020m – grifou-se).

Nos dois primeiros casos (acórdãos C e H), após ocorrido o ato ilícito, a tentativa de regularização é entendida como tentativa de ocultação. Ou seja, o exercício do poder-dever (BANDEIRA DE MELLO, 2014) de autotutela administrativa no caso de correção de ilegalidades no procedimento licitatório é tido como um elemento que torna mais grave a conduta.

Já nos votos absolutórios, a conclusão dos julgados é totalmente oposta, inclusive no voto dos embargos de divergência (ACÓRDÃO L) que reformaram o julgamento de uma apelação estudada (ACÓRDÃO H), tem-se que exatamente a mesma conduta da acusada – tentar regularizar a contratação posteriormente – é evidência de elementos opostos, que militam a favor da ausência do elemento subjetivo especial de causar dano.

Desta forma, o termo “apagão das canetas” usado na introdução deste trabalho toma uma forma clara, o administrador público, em face de interpretações totalmente antagônicas acerca de uma mesma conduta, se torna inseguro na tomada de decisão, ser ter certeza de que caminho seguir e o que fazer caso um equívoco venha a ocorrer.

2.4.7 O efetivo resultado alcançado pela contratação em face do interesse público como elemento constituinte do tipo penal

Esta categoria, sem sombra de dúvidas, foi a mais densamente utilizada nos julgados, isso talvez se justifique, talvez, por todas os objetos contratados tenha sido entregues bem como os serviços prestados, ainda que parcialmente em alguns casos, de modo que a maioria dos desembargadores reputou relevante apontar tais aspectos.

Essa categoria abriga em si outras duas subcategorias, o cumprimento da *finalidade da contratação* e a *ausência de prejuízo*, que serão tratadas nesta mesma ordem.

O voto do relator do ACÓRDÃO A, que considera prescindível o elemento subjetivo especial de causar dano, considera como elemento positivo na avaliação da conduta o fato da contratação ter cumprido a sua finalidade. Algo que, em tese, seria irrelevante na análise do caso, uma vez que a tese adotada pelo relator é que o “dolo específico” e o prejuízo ao erário não são necessários à configuração do crime:

E ainda, esses objetos adquiridos foram todos utilizados na manutenção e melhoramento do patrimônio público (maquinário), **sendo assim, a compra realizada pela administração pública, na pessoa do prefeito, cumpriu sua especial finalidade.**

[...] no caso dos autos, de certeza irrestrita, retiro que o prefeito do município, procurando resolver o mais brevemente um contratempo, em caráter de urgência, adquiriu determinada quantia de peças veiculares, **que foram efetivamente utilizadas, dando assim, a devida continuidade no serviço administrativo prestado**, nesta senda, não há que se falar no crime disposto no art. 89, caput, da Lei de Licitações (SANTA CATARINA, 2020a – grifou-se).

Já no ACÓRDÃO C, o mesmo relator, em voto vencido, isoladamente reconheceu pela exigência da intenção de causar dano ao erário, de modo que a discussão da efetiva prestação do objeto do contrato faz-se de grande relevância:

Em relação ao acusado Maurício Klettenberg, a conclusão deve ser outra. É bem verdade que a empresa gerida por ele foi contratada pela Administração à míngua da necessária licitação. Entretanto, entendo que essa circunstância, isolada, não permite supor sua consciência a respeito da irregularidade da contratação levada a efeito. Referido réu não fazia parte do quadro do funcionalismo e não teve participação na marcha do processo administrativo que culminou na ilicitude, não se podendo dizer, ao menos não com a certeza necessária, que tomou parte, dolosamente, nas conclusões fraudulentas acima abordadas.

Não se perca de vista, por outro lado, que, ao que se tem notícia, a empresa gerida pelo réu em questão prestou os serviços pelos quais foi contratada. Em resumo, não há elementos de prova cabais, absolutamente inarredáveis, no sentido de que Maurício Klettenburg atuou, com consciência, em prol do plano ilícito que desaguou na não realização de licitação. (SANTA CATARINA, 2020c).

No ACÓRDÃO E, é quase impossível de dissociar o argumento da efetiva entrega do objeto com a avaliação do preço praticado, veja-se:

Nesse ponto, a perícia realizada pelo IGP apontou inúmeras contratações diretas com pagamento em favor da empresa Irmãos Hobbi, sem qualquer procedimento administrativo para dispensa ou de pesquisa de preço. **Ocorre que, carece de provas acerca da vontade delitiva perpetrada pelo gestor público, bem como informações de que tenha havido contratação acima do preço de mercado, falta de entrega dos produtos e ausência na prestação dos serviços.** Vale destacar, ainda, que a mera aquisição de cargas de areia em apenas um estabelecimento não é capaz de atribuir a conduta delituosa ao acusado, pois a responsabilidade do município era apenas de fazer o transporte, uma vez que o pagamento das respectivas cargas ficava a cargo do munícipe (SANTA CATARINA, 2020e)

Por fim, quanto efetiva prestação do objeto, o voto vencido no ACÓRDÃO G considera também que “Não há nenhuma prova de que os consertos não foram efetivamente realizados”.

Quanto à avaliação do prejuízo, foram identificadas algumas correntes diferentes. Por exemplo, no ACÓRDÃO A verifica-se o argumento de que a própria realização do procedimento licitatório resultaria em prejuízo aos municípios, dada a sua morosidade.

No voto vencido do ACÓRDÃO C, o mesmo desembargador considera imprescindível a presença do “dolo específico” de causar prejuízo ao erário, afirmando que:

Entretanto, em relação ao desígnio dos agentes, discordo da conclusão do juízo de primeiro grau, pois, no meu sentir, a prova dos autos não se mostrou hábil a demonstrar que a dispensa indevida da licitação deu-se para gerar dano ao erário. Nesse viés, importante ressaltar que não obstante significativo o valor global despendido pelo Município de Ituporanga para a contratação e execução das atividades prestadas pela Klettenberg Terraplanagem Ltda., o preço em si pago à contratada, de R\$ 4,80/m³, **se afigura até abaixo daquele praticado pelo mercado, não representando, assim, qualquer real e efetivo prejuízo aos cofres públicos e à Administração Pública, que viu devidamente atendidas suas necessidades de construção e reparação da malha viária municipal, por preço razoável e justo (SANTA CATARINA, 2020c – grifou-se)**

Diferentemente dos votos que afirmaram estar presente o prejuízo ao erário, neste caso o desembargador considera de fato o valor gasto com a contratação indevida e o valor de mercado do objeto, identificando que, na verdade, ainda que irregularmente, a contratação indevida pode ter gerado economia aos cofres públicos ou, no máximo, assegurou a contratação da melhor oferta disponível.

Novamente tem-se abordagem do acórdão que aprofundou a questão da inépcia dos gestores (ACÓRDÃO D), neste posto ressaltando que, ao se comparar os preços praticados na contratação indevida realizada no caso, com os preços praticadas em outros períodos próximos, não se verificou prejuízo, mas sim economia aos cofres públicos, de modo que presente um resultado positivo para o erário, não seria possível cogitar a presença de “dolo específico” de lhe causar danos.

Noutra ocasião (ACÓRDÃO E), de maneira bem direta, a relatora considera que, ausente qualquer prova do prejuízo ao erário:

Ocorre que, carece de provas acerca da vontade delitativa perpetrada pelo gestor público, **bem como informações de que tenha havido contratação acima do preço de mercado, falta de entrega dos produtos e ausência na prestação dos serviços** [...]

Outrossim, as cargas de minério efetivamente empenhadas restaram utilizadas pela Administração Pública para a consecução de obras, relativamente descritas no respectivo empenho, não se tendo notícias do não cumprimento destas. **Para mais além, sequer restou demonstrado o efetivo prejuízo aos cofres públicos no caso**

em comento, vez que, embora as provas apontem para irregularidades no procedimento adotado pelo acusado, sobretudo pela interpretação extensiva à normativa municipal e a dispensa irregular de licitação, a prova do dolo, para fins criminais, é frágil (SANTA CATARINA, 2020e).

Nos três votos vencidos subsequentes (ACÓRDÃO F, G e H), nos votos vencedores, nem sequer se considerou auferir o efetivo prejuízo resultante da contratação indevida, contudo, os votos vencidos fizeram questão de considerar o argumento:

Importante notar que a adjudicação dessa licitação em que a mesma empresa foi vencedora se deu, aliás, para realizar a compra de bens similares aos aqui discutidos (copiadoras digitais e analógica). Em análise aos documentos acostados, nota-se que a compra direta da copiadora Sharp **realizada deu-se pelo valor de R\$ 5.900,00 (cinco mil e novecentos reais), mesmo valor em que, no contrato aqui discutido, se deu a compra realizada um ano depois** (fl. 176). A máquina da Samsung, por sua vez, embora não tenha sido comprada pelo mesmo valor, **não recebeu acréscimo significativo**. Além disso, em observância aos valores ofertados pelas concorrentes quando da ocasião da licitação, **percebe-se que o valor da empresa contratada não destoou em muito das outras participantes**. (fl. 829) (SANTA CATARINA, 2020f – grifou-se).

Não há nenhuma prova de que os consertos não foram efetivamente realizados, tampouco foi comprovada alguma preferência em relação às empresas que forneceram as peças ou realizaram os serviços e/ou alguma relação entre o acusado e os respectivos proprietários das empresas. **Também não há indícios de que as compras tenham sido realizadas por valor diverso ao praticado no mercado, causando prejuízo ao erário**. Não há, portanto, prova de que o acusado agiu com vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação, bem como com dolo especial de causar dano ao erário ou de gerar o enriquecimento ilícito de quem quer que fosse (SANTA CATARINA, 2020g – grifou-se).

Ademais, a própria Magistrada Bruna Canella Cecker Búrigo, na sentença condenatória mencionou que **não restou comprovado que efetivamente houve prejuízo ao erário** (fl. 854). Observa-se, com clareza, que o fato narrado evidentemente não constitui crime (Lei n. 8.666/1993, art. 89, caput), razão pela qual a absolvição é a medida mais adequada a ser tomada (SANTA CATARINA, 2020h – grifou-se).

A ausência desta discussão específica nos votos é, no mínimo, questionável, uma vez que a ausência de prejuízo ao erário e a ausência de benefício ilícito era parte dos argumentos das defesas, contudo, como o posicionamento adotado pelo voto vencedor era pela natureza formal do crime, possivelmente a relatoria considerou desnecessário considerar essas questões, em que pese fossem critérios para posterior dosimetria de pena de multa, como pode se extrair do § 1º do artigo 99 da Lei 8.666/93:

Surge, no ACÓRDÃO J, um elemento ainda mais objetivo para a aferição do sobrepreço, a tabela do SUS com os preços pagos por cada serviços e, no caso, foi observado que os preços praticados eram os mesmos dispostos nesta tabela do SUS e os pagamentos apenas eram efetivados após a prestação do serviço devidamente comprovada.

Do mesmo relator (ACÓRDÃO K), vale transcrever um trecho mais extenso:

De outro lado, no tocante a aquisição de materiais de construção, é fácil observar que a conduta foi desprovida do dolo específico. Como José Scapin salientou, em sua oitiva, seu estabelecimento é o único lugar na cidade que vende materiais para construção. Dessa forma, ainda que realizada a licitação, provavelmente daquele estabelecimento que seriam adquiridos os produtos necessários à obra. Quanto à mão de obra, Gilmar Luis Weizemann afirmou que ainda que não tenha assinado o orçamento da fl. 35, caso fosse realizar a empreitada, o valor descrito no orçamento é condizente com o cobrado por seus serviços (R\$ 3.720,00). O mesmo foi dito por Vitorio Francisco Pagliari. Este contou que Mário o procurou para realizar um orçamento, fez o documento manuscrito e posteriormente o senhor Mário o entregou digitado, pedindo que o assinasse (audiovisual da fl. 415). Dessarte, caso Vitorio realizasse a obra, seria pelo valor constante do orçamento da fl. 34. Tanto o orçamento fornecido por Gilmar, quanto aquele entregue por Vitorio ficaram acima do fornecido por Alcir Kagenberg (R\$ 3.480,00). Ou seja, ainda que de maneira ilícita, os acusados procuraram fornecedores e empregados com valores condizentes com o mercado local. O que afasta qualquer suspeita de que agissem com dolo de prejudicar a municipalidade.

De outro lado, como bem salientou o sentenciante: Ocorre que, da atenta análise a toda prova angariada, **não há nos autos prova suficiente de que as partes acusadas teriam agido com a intenção de que a destinação da verba fosse aplicada de maneira indevida**, uma vez que, como Marinês relatou em seu interrogatório, não teria qualquer conhecimento acerca do funcionamento de um processo licitatório, apenas **buscava manter em pleno funcionamento um posto de saúde que, por diversas vezes, já teria sido alvo da vigilância sanitária**. O que ficou claro nos autos, e com base em tal entendimento as partes devem ser absolvidas por atipicidade, é que os acusados apenas agiram buscando atender única e exclusivamente o interesse público, qual seja, manutenção do posto de saúde do Município de Barra Bonita, sem qualquer dolo em desobedecer os preceitos legais. Inclusive, a respeito da necessidade de manutenção do posto de saúde, o depoimento prestado por Osvaldo menciona ser a unidade objeto dos presentes autos a única em funcionamento no município (mídia audiovisual de fl. 504). **Não houve qualquer ação dos réus objetivando obter vantagem com o procedimento adotado, muito menos visavam causar danos ao erário. (fl. 681).**

Por tais razões, mantém-se a decisão de primeiro grau quanto a absolvição dos acusados do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 (SANTA CATARINA, 2020k).

Neste ponto também se identifica um diálogo com a categoria das intenções dos acusados, neste caso consideradas legítimas e o elemento subjetivo especial é fortemente relacionado com a contratação de uma empresa que apresentou uma proposta vantajosa, se comprada com os demais preços praticados no mercado, bem como com a tentativa de regularização da situação mediante a produção dos orçamentos posteriores.

Além disso, o argumento de que a destinação dos recursos era para o atendimento do interesse público, também figura como elemento de negação de qualquer tentativa de obtenção de vantagem ilícita, de modo que o resultado positivo para administração pública foi crucial para a absolvição dos acusados.

De forma semelhante, na reforma do ACÓRDÃO H, o voto vencedor dos embargos de divergência (ACÓRDÃO L) vai um passo além ao considerar o resultado financeiro para a Administração Pública, não só a compra foi, ao que tudo indica, a preço de mercado, como o

fornecedor não conseguiu ser devidamente pago, tendo que ingressar judicialmente para executar os valores, de modo que ausente qualquer prejuízo mensurável ao erário.

2.5 AS PRINCIPAIS FONTES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS UTILIZADAS NOS JULGADOS ESTUDADOS

Antes de partir para as etapas finais da análise, é necessário considerar as fontes utilizadas nos votos para fundamentar os argumentos apresentados. Em razão de uma repetição bastante frequente das mesmas referências optou-se por debater-las numa subseção separada.

Muito embora existam doutrinas, em especial as produzidas por administrativistas, que defendam a necessidade da verificação do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo, apenas as decisões que operaram em sentido contrário se sustentaram mediante doutrina, utilizando para tanto as obras de Guilherme de Souza Nucci, Adel el Tasse e Cezar Roberto Bittencourt, esse último, que inclusive critica diretamente o posicionamento de Marçal Justen Filho a respeito do tema. Contudo, quando se adentra nas fontes jurisprudenciais, surge um abismo entre as duas teses.

Sobre a necessidade meramente de dolo genérico para a configuração do crime de contratação direta indevida, cita-se um acórdão do STF, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, já comentado no início da subseção 2.4.1, um voto que possui uma certa inexatidão conceitual acerca da inexigibilidade de licitação. Afora esse voto, os demais citados são todos do próprio TJSC, concentrados apenas na primeira e terceira câmaras criminais, com o destaque ao desembargador Carlos Alberto Civinski, da primeira câmara, cujo posicionamento paradigmático fora citado em todos os acórdãos que adotaram a tese, inclusive no voto de sua própria relatoria (ACÓRDÃO B) e no seu voto divergente no julgamento dos embargos de divergência (ACÓRDÃO L), reforçando seu posicionamento seguido por diversos outros membros do TJSC.

Em que pese a força que o posicionamento do Desembargador Carlos Alberto Civinski tenha, não apenas na sua própria câmara, a jurisprudência adotada nos julgamentos que reconhecem a necessidade do “dolo específico” é muito maior. O que não deve surpreender nem os próprios julgadores que seguem esse posicionamento, visto que geralmente apresentam como sendo um posicionamento divergente daqueles sustentados no STF e no STJ.

São votos de seis ministros do STF, das duas turmas e do plenário do tribunal, entre os relatores os Ministros Luiz Fux e Edson Fachin, de treze ministros do STJ, da quinta e da

sexta turma – as duas que julgam processos criminais – e de mais sete desembargadores do TJSC, concentrados na segunda, na quarta e na quinta câmaras criminais.

Diferentemente do que pode ocorrer ao leitor, os votos exarados, em especial, pela primeira e pela terceira câmara criminais, não ignoram completamente o posicionamento jurisprudencial vigente, tendo em vista que deixam clara, em seus votos, a existência da divergência, contudo, seja com bases doutrinárias ou outros discursos, como da proteção dos princípios da administração pública, resistem a adoção do critério relativo ao elemento subjetivo especial de causar prejuízo ao erário.

Já os votos oriundos das câmaras que seguem tal entendimento, consideram-se duas possibilidades acerca da ausência de maiores argumentos doutrinários: i) decorrência da segurança oriunda da estabilidade do posicionamento dos tribunais superiores, entende-se que basta, para fundamentar a absolvição ou mesmo a condenação nestes casos, o uso da fonte jurisprudencial; ii) falta de proximidade com a doutrina de direito administrativo, uma vez que a defesa dessa tese é concentrada principalmente nas obras de autores administrativistas.

2.6 UMA TEORIA EMERGENTE ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO

Em que pese a subseção aponte para uma teoria do dolo, além do desenvolvimento de uma teoria sobre o “dolo específico”, os dados analisados apontaram para a necessidade de trabalhar os aspectos apontados pelos posicionamentos em defesa da necessidade meramente do dolo genérico para a configuração do crime.

Na análise dos discursos apresentados, numa “macro categoria” que pode ser descrita pela *prescindibilidade do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário*, a construção do ilícito nos votos passa por alguns pontos comuns.

O primeiro deles é a delimitação do bem jurídico protegido, em razão de se tratarem de contratações feitas pelo poder público, é indiscutível que estas devem ser pautadas pelos princípios constitucionais inaugurados no *caput* e inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, em especial os princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, da obrigatoriedade da licitação e da isonomia entre os concorrentes.

Nesta análise, a frustração do devido procedimento licitatório afronta, ao menos, a legalidade, isonomia e a moralidade. Quanto aos dois primeiros, sequer há divergências com os

demais posicionamentos, o que ocorre é que, na tese ora em análise, o mero descumprimento do dever legal acaba por ser considerado também uma afronta à moralidade administrativa.

Isso porque um ato ilícito que parece aos órgãos julgadores que não seria razoável punir criminalmente um sujeito pelo mero descumprimento da lei, ainda que prejudique a isonomia, sem que, de alguma forma mais robusta, esse ato seja considerado extremamente repreensível, caso contrário, seria de militar-se para que a resolução da questão se resumisse aos âmbitos civil e administrativo. Então como uma espécie de estratégia para justificar a aplicação da lei penal aos casos concretos, faz-se o uso do discurso moral para tornar as condutas alcançáveis pelo direito penal.

Em segundo lugar, considera-se a presença de irregularidades nos procedimentos como componentes do dolo. Mesmo nos votos em que se exigia apenas o dolo genérico, por vezes fez-se a consideração de que, ainda que desnecessário para a responsabilização penal dos acusados, estaria presente o elemento subjetivo especial de causar prejuízo ao erário, contudo, o critério para a aferição resumia-se, por mais das vezes, a verificação da conduta irregular, ou seja, o mero descumprimento do devido procedimento licitatório seria a prova da intenção danosa dos agentes.

E, em terceiro lugar, tem-se a questão da redação do tipo penal, os votos que afastam a necessidade do elemento subjetivo especial consideram que a forma como está disposto não permite a interpretação de que haveria a exigência de uma intenção específica no cometimento do crime. Apenas para fins de exemplo, cita-se o crime de violação de direito autoral previsto no § 1º do artigo 184, que exige a finalidade de lucro, direto ou indireto, na reprodução de obra.

Portanto, nessa primeira linha, a configuração do dolo passa exclusivamente pela consciência da ilicitude do ato, independentemente da finalidade concreta do autor.

A segunda linha, claramente mais robusta, tem quatro grandes elementos de constituição. O primeiro e mais importante é a efetiva intenção do autor da conduta. Neste caso, em que pese o autor possa ter conhecimento da ilicitude da conduta, a depender do interesse que se visa atender pode se considerar a conduta atípica.

Desta forma na análise do elemento subjetivo especial, verificam-se por meio de toda a prova produzida os indicativos da finalidade por trás do descumprimento do devido procedimento licitatório. Dentre estas finalidades existem duas que são puníveis.

A primeira e mais óbvia – em razão até do título do trabalho – é a intenção de causar prejuízo ao erário. Contudo, essa circunstância, na prática, é muito difícil de ser encontrada. Não porque não existam agentes que conscientemente causam prejuízos ao erário, mas o

prejuízo, a não ser que esteja se lidando com algum tipo de vilão ficcional que tenha como objetivo fazer mal às pessoas, é sempre uma consequência. Isso porque os ilícitos na administração pública, via de regra, são cometidos para, indevidamente, beneficiar alguém, geralmente, financeiramente.

A linha entre os dois elementos não é tão tênue como pode parecer, porque, nem sempre que alguém for indevidamente beneficiado, haverá prejuízo ao erário. Exemplos não faltam nos acórdãos estudados, isso porque, sempre que uma empresa for contratada sem o devido procedimento licitatório, compreende-se que foi indevidamente beneficiada com a contratação, pois, no mínimo, não preciso competir com as demais pela contratação.

Agora, para a configuração do elemento subjetivo especial que se busca aqui delimitar é necessário que a conduta que visava beneficiar indevidamente, também cause prejuízo ao erário.

Veja que muito embora a maioria dos acórdãos que trataram do assunto tenham afirmado se tratar de crime formal, ao fim e ao cabo, o fato de as contratações realizadas terem sido feitas no valor de mercado ou abaixo dele, e dos objetos terem sido efetivamente prestados pelo contratado, salvo uma exceção, entendeu-se que esses fatos demonstravam não haver intenção de causar prejuízo ao erário. Na prática, então, só serão condenados os acusados em casos em que se verifique, de fato, o prejuízo causado.

O segundo elemento que resguarda forte relação com a intenção propriamente dita, é a inépcia do agente público em questão – sua incapacidade técnica ou cognitiva para tomar a decisão correta –. Esse argumento, embora não tenha sido tratado nos votos que exigem apenas dolo genérico, também poderia militar em favor da defesa.

Isso porque, o elemento da aptidão do administrador público tende a afastar qualquer tipo de dolo, pois a inépcia, nada mais é do que a culpa, é o erro cometido pelo agente público por imprudência, geralmente por imperícia, ou como citado em um dos acórdãos por “ato de bravata”.

O presente argumento faz questão de distinguir claramente as condutas ineptas das condutas ímprobas. As primeiras são erros de procedimento não intencionais, os segundos são atos com dolo, com a intenção gerar um resultado antijurídico, seja o benefício próprio ou alheio, ou o prejuízo direto ao Estado.

O terceiro elemento, trata do atendimento ao interesse público. Independentemente das motivações alegadas para os atos, dos supostos erros ou acertos, é parte integrante da análise do elemento subjetivo especial o resultado gerado pela conduta.

Se o produto for devidamente entregue, o serviço prestado, em preços adequados, não há elemento fático que dê suporte a uma suposta intenção de causar dano. Melhor ainda, consideram os julgadores, se a contratação se deu em valor abaixo do encontrado no mercado, gerando economia aos cofres públicos.

Por último avalia-se a efetiva ocorrência de prejuízo. Tal valoração, ao contrário da anterior, ocorre se o objeto do contrato não for cumprido, ou quando for identificado sobrepreço na contratação, aí sim são casos de efetivo prejuízo ao erário

Na análise destes dois últimos elementos identifica-se uma alteração do *locus* da análise do (des)valor do resultado da conduta, passando a fazer parte também da avaliação do elemento subjetivo. O que é, de fato, uma incoerência como a análise do tipo penal, misturando a análise da antijuridicidade com a análise do elemento subjetivo.

Desta forma, pode-se resumir que a primeira teoria, do dolo genérico, perpassa pela constatação da imoralidade da conduta, identificada pelo simples descumprimento do preceito legal, independentemente do resultado causado, ou da efetiva intenção da conduta. Uma categoria talvez mais vazia do que o dolo genérico comum.

Na segunda, a análise do elemento subjetivo especial passa, para além da investigação do que efetivamente motivada o agente público ao cometer o ato ilícito, a uma análise da aptidão do gestor para a tomada de decisão, bem como os efetivos resultados alcançados, deslocando-se a análise do (des)valor do resultado da antijuridicidade para a análise do dolo.

CONCLUSÃO

Antes de adentrar nos objetivos desta pesquisa declarados na Introdução, também possuía a pretensão, embora lateral, de verificar a existência de influência relativas à subjetividade dos réus, como relações entre as decisões e o gênero, raça ou escolaridade.

Contudo, além da amostra ter apenas confirmado suspeitas sobre questões desigualdade de gênero e racial, no cruzamento das decisões com estas características, e outras como idade, profissão e partido (ocupante da administração municipal), não foram encontradas relações relevantes.

Desta forma, ao se analisar dezoito votos proferidos em doze julgamentos diferentes no ano de 2020 pelas câmaras criminais do TJSC, foi possível traçar uma singela teoria sobre o dolo nos crimes do, agora revogado, artigo 89 da Lei 8.666/93. Reitera-se aqui, como já exposto no início do trabalho, que a alteração do tipo penal operada pela sanção da Lei 14.133/21 não implica em mudanças no paradigma da exigência do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário, tendo em vista que a legislação se mantém silente sobre o assunto, deixando para a doutrina e para a jurisprudência o acalorado debate.

Os achados da presente pesquisa, embora tenham servido para traçar uma teoria do dolo, de forma alguma têm a pretensão de saturar o debate, em verdade, provavelmente sequer foi saturada a análise dos dados da amostra, tendo em vista que o procedimento adotado da TFD permite continuar a realizar a análise a níveis de profundidade não buscados por este trabalho a nível de graduação.

Na perspectiva do dolo genérico, adotada em sete dos dezoito votos analisados, percebe-se um discurso focado apenas nos elementos capazes de levar a uma condenação, em especial pela análise dos votos vencidos, fica claro que diversos elementos de defesa, que militam em favor de uma absolvição, por vezes são ignorados na decisão condenatória.

Não se pretende com essa fala afirmar que as decisões estão equivocadas e que se escondem motivos para absolvição nas entrelinhas, mas sim que falta na análise dos casos um maior debate entre os elementos de prova, sejam eles favoráveis ou não a defesa.

Já na perspectiva que exige o elemento subjetivo especial para a configuração do crime de contratação direta indevida foi possível construir uma teoria mais robusta, ainda que com as suas inconsistências.

Neste caso, nota-se uma elevada importância da análise subjetiva da intenção do autor, se nos casos de exigência meramente do dolo genérico, contentam-se os julgadores com a

consciência da ilicitude, aqui, é de fato valorada a motivação do agente para o descumprimento, podendo, inclusive, essa motivação ser legítima, como resolver o mais rapidamente um problema da cidade, evitar o fechamento de uma unidade básica de saúde, entre outros.

A culpa, que passa despercebida nas análises do dolo genérico, aqui é parte relevante da análise, especialmente quando se considera a inaptidão do gestor público, evitando-se penalizar criminalmente condutas cometidas por incompetência, mas sem qualquer intenção ímproba.

E por fim, mesmo nos casos em que se considera desnecessário o efetivo prejuízo, o resultado concreto da contratação em relação ao interesse público acaba sendo usado como critério de análise do elemento subjetivo especial, de modo que quando o ato ilícito acabou por prover o objeto do contrato, sem gerar prejuízo ou gerando economia ao erário, tais elementos são sopesados na verificação da presença da intenção de causar dano.

Tais perspectivas, embora não permitam trazer maior segurança ao tomador de decisões na Administração Pública, uma vez que vai depender da câmara para a qual seu eventual recurso será sorteado, certamente traz uma perspectiva nova ao debate acerca do tema, talvez servindo para melhor esclarecer os processos de decisão tomados no TJSC sobre os crimes de licitação.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 1150.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, v. 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, v. 2**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 1 - parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 de mar. de 2021.

BRASIL. Decreto-**Lei 2.848/1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 de mar. de 2021.

BRASIL. **Lei 8.429/1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 8 de mar. de 2021.

BRASIL. **Lei 8.666/1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 8 de mar. de 2021.

BRASIL. **Lei 14.133/2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 de abr. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1367169/PR**. Agravo regimental no agravo de instrumento. Crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas na legislação. Falta de prequestionamento. Ausência de dolo. Súmula n.º 07 do superior tribunal de justiça. Tipo previsto no art. 89 da lei nº 8.666/93. Delito de mera conduta. Incidência do verbete sumular n.º 83 desta corte. Agravo desprovido. Relator: Min. Laurita Vaz, 27 de março de 2012. 2012a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1367169&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 206.559/MG**. Processual penal e penal. Habeas corpus. Substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Art. 89, caput, da lei nº 8.666/93. Denúncia anônima. Inexigibilidade de procedimento

licitatório. Contratação de serviços advocatícios. Não demonstração de dolo específico e de prejuízo ao erário. Constrangimento ilegal. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 18 de agosto de 2015. 2015a. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+206559&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 207.494/DF**. Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Medida imprescindível à sua otimização. Efetiva proteção ao direito de ir, vir e ficar. 2. Alteração jurisprudencial posterior à impetração do presente writ. Exame que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 3. Patrocínio de evento esportivo. Dispensa de licitação. Art. 89, caput, da lei nº 8.666/1993. Ausência de comprovação do dolo específico de fraudar o procedimento licitatório e de efetivo dano ao erário. Ausência de justa causa para a ação penal. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício. Relator: Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 9 de outubro de 2012. 2012b. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+207494&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 827.445/SP**. Administrativo. Ação de improbidade. Lei 8.429/92. Elemento subjetivo da conduta. Imprescindibilidade. Redator para o acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, 2 de fevereiro de 2010. 2010. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600589223&dt_publicacao=08/03/2010. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 57.222/RJ**. Recurso ordinário em habeas corpus. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Inépcia da denúncia. Peça inaugural que não descreve os prejuízos ao erário decorrentes da conduta imputada ao recorrente. Peça vestibular que não atende aos requisitos previstos no artigo 41 do código de processo penal. Mácula caracterizada. Provimento do reclamo. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo (relator convocado), 18 de junho de 2015. 2015b. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+57222&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 2.482/MG**. Processo penal. Inquérito. Envolvimento de parlamentar federal. Crime de dispensa irregular de licitação (art. 89 da lei nº 8.666/93). Audição prévia do administrador à procuradoria jurídica, que assentou a inexigibilidade da licitação. Ausência do elemento subjetivo dolo. Art. 395, inciso iii, do cpp. Inexistência de justa causa para a ação penal. Rejeição da denúncia. Redator para o acórdão: Min. Luiz Fux, 15 de setembro de 2011. 2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1745114>. Acesso em: 8 mar. 2021.

CHARMAZ, Kathy. **A construção da teoria fundamentada**: um guia prático para análise qualitativa. Tradução: Joice Elias Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 272.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei 1.491/1991**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração

pública e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**: Seção 1, Brasília, DF, ano XLVI, n. 118, p. 16719-16731, 14 set. 1991.

DALLARI, Adilson de Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídicos-administrativas. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p75-87, jan./mar. 1999.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – volume 1**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 657p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1277p.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Crimes da lei de licitações**. In: SOUZA, Luciano Anderson. **Direito penal econômico**. vol. 2. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2020. *E-book*.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contratos Administrativos**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 1183p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. *E-book*.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Crimes na Licitação**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. *E-book*.

SANTA CATARINA. Controladoria-Geral do Estado. **Portal da Transparência do Poder Executivo de Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.transparencia.sc.gov.br/despesa>. Acesso em: 02 de março de 2021.

SANTOS, Humberto Souza. **Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo**. In: Greco, Luís (coord.). **Temas de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. 438p.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições. 2014. 739p.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. *E-book*.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Crimes contra a administração pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters. *E-book*.

REFERÊNCIAS DO *CORPUS* DE PESQUISA

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0004716-70.2009.8.24.0015. Canoinhas. Relator: Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva. Acórdão de 2 de julho de 2020. 2020a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0002112-82.2014.8.24.0041. Mafra. Relator: Des. Carlos Aberto Civinski. Acórdão de 6 de fevereiro de 2020. 2020b.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0001361-50.2013.8.24.0035. Ituporanga. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato. Acórdão de 14 de maio de 2020. 2020c.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0900115-60.2015.8.24.0055. Rio Negrinho. Relator: Des. Norival Acácio Engel. Acórdão de 14 de abril de 2020. 2020d.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0900097-84.2014.8.24.0019. Rio Negrinho. Relator: Des. Salete Silva Sommariva. Acórdão de 22 de janeiro de 2020. 2020e.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0002718-06.2012.8.24.0163. Rio Negrinho. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. Acórdão de 25 de agosto de 2020. 2020f.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0000342-17.2017.8.24.0084. Descanso. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. Acórdão de 7 de julho de 2020. 2020g.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0900024-32.2017.8.24.0044. Orleans. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. Acórdão de 24 de agosto de 2020. 2020h.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0003605-45.2016.8.24.0067. São Miguel do Oeste. Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer. Acórdão de 13 de setembro de 2020. 2020i.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0002973-52.2009.8.24.0103. Araquari. Relator: Des. Antônio Zoldan da Veiga. Acórdão de 22 de outubro de 2020. 2020j.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 0002178-13.2016.8.24.0067. São Miguel do Oeste. Relator: Des. Antônio Zoldan da Veiga. Acórdão de 23 de abril de 2020. 2020k.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000567-90.2020.8.24.0000. Orleans. Relator: Des. Sidney Eloy Dalabrida. Acórdão de 25 de novembro de 2020. 20201.