



Wilson Knoner: O crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e a abolitio criminis

1. Introdução

O crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 (dispensa ilegal de licitação) suscita constantes debates nos tribunais pátrios acerca de sua natureza, isto é, se é delito material e exige resultado naturalístico (dano ao erário), ou se é crime formal, caso em que o prejuízo à Fazenda Pública seria mero exaurimento do ato, sendo desnecessária sua comprovação, ou, ainda, se o tipo demanda a presença de dolo específico^[1].

Com a edição do Decreto 9.412/2018 (DOU de 19/6/2018, e entrou em vigor em 19/7/2018), que majorou os valores das modalidades de licitação do artigo 23, I e II, da Lei 8.666/93, a discussão sobre o tipo penal do artigo 89 da mencionada lei ganhará um novo componente: o tema da (in)existência de *abolitio criminis* e da *lex mitior* ou *novatio legis in mellus* (artigo 5º, XL, da CF/88, artigo 2º, parágrafo único do CP; e artigo 9º, *in fine*, do Pacto de São José da Costa Rica) como efeito do novel diploma legal.

O presente artigo tematiza os efeitos da elevação dos valores das modalidades de licitação do artigo 23, I e II, da Lei 8.666/93, a fim de aquilatar a (in)ocorrência de *abolitio criminis* e da *lex mitior* ou *novatio legis in mellus*, e sua incidência retroativa sobre investigações criminais e ações penais em curso e, ainda, para aquelas em que já houve condenação, transitada em julgado ou não, por infração ao artigo 89 da Lei de Licitações.

2. Da retroatividade do Decreto 9.412/2018 e seu efeito extintivo da punibilidade no caso do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93: flagrante *novatio legis in mellus*

A pretensão punitiva estatal, na ótica a retroatividade da norma penal benéfica positivada pela Constituição, está sempre subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, e a superveniente alteração legislativa que modifique as premissas estruturais tipificantes de um delito determina o esvaziamento do poder punitivo do estado.

No caso tematizado neste artigo, a superveniência de lei *lato sensu* vocacionada à recomposição do valor “teto” para dispensa de licitação, ante a natureza de norma penal em branco do artigo 89 da Lei 8.666/93, terminou por descriminalizar aquelas dispensas cujos valores orbitaram abaixo do novo “teto”, ensejando a inevitável retroação benéfica em favor dos acusados, nos termos do artigo 5º, XL, da CF/88, artigo 2º, parágrafo único do CP, e artigo 9º, *in fine*, do Pacto de São José da Costa Rica.

Na prática, por exemplo, se um prefeito de determinado município realizou em 2015 (ou antes disso) duas contratações diretas fracionadas para aquisição de equipamentos de informática em valores de R\$ 9 mil e R\$ 8.559, mas que deveriam, em função da natureza do objeto, terem sido alvo de uma única contratação via licitação (na modalidade correspondente), o agente público teria cometido o delito do artigo 89 da Lei 8.666/93, eis que ultrapassado o limite vigente até 18/7/2018, nos termos do artigo 24, I e II, da citada lei. O mesmo ocorreria caso tivesse realizado uma única contratação direta em 2015 no valor de R\$ 17 mil para aquisição de outro item cuja necessidade tenha surgido. Igualmente estaria, em tese, violado o artigo 89 da Lei de Licitações (abstraindo-se o caráter de delito material do tipo ali preconizado, tema a ser discutido em outra oportunidade).

Contudo, a partir do mencionado decreto, com a elevação dos valores das modalidades de licitação do

artigo 23, I, e II, da Lei 8.666/93, automaticamente restou majorado o teto regente das hipóteses de dispensa de licitação nos casos dos incisos I e II do artigo 24 do mesmo diploma legal, que passou a ser de R\$ 33 mil para obras e serviços de engenharia, e de R\$ 17,6 mil para casos de outros serviços e compras.

A modificação legislativa em vigor desde 19 de julho atenuou a valoração ético-social do fato, uma vez que reconheceu que aqueles antigos limites para dispensa do certame, baseados no critério do pequeno valor do objeto, eram insuficientes para fazer valer a vontade do constituinte originário (permitir ao gestor realizar compras rápidas e desburocratizadas em prol do interesse público), desatendida pela inação estatal ao não atualizar ditas cifras.

Com efeito, a questão da antinomia normativa em casos de sucessões legislativas disciplinadoras do complemento da norma penal em branco já foi tema de debate no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que ao decidir pela retroatividade do superveniente complemento mais benéfico, vislumbrou não haver hostilidade aos limites temáticos na nova norma avulsa quando seu reflexo na órbita penal ocorre de forma ancilar^[2].

De outro lado, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade do Decreto 9.412/2018, ao menos pelo fato de o ato normativo emanar do Poder Executivo, justamente porque o que o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal preconiza, em matéria penal, é que a criação de tipos incriminadores seja veiculada por lei formal^[3], o que obviamente não veda a redefinição do complemento da norma penal em branco pela via do decreto presidencial, circunstância que também não obsta a eficácia retroativa^[4].

Assim, parece-nos inarredável que, por efeito primário do direito fundamental que é a retroatividade da norma penal mais benéfica, a inovação normativa extrapenal em voga caracterizou *abolitio criminis* “parcial”, ou, ao menos, *novatio legis in melius* no tocante a fatos pretéritos cujas dispensas consubstanciaram valores abaixo do novel limite trazido pelo aludido decreto, sendo, portanto, alcançados pela retroatividade benéfica.

Não se pode perder de perspectiva, ainda, a total impertinência em tentar estabelecer alguma analogia entre o efeito do Decreto 9.412/2018 sobre o artigo 89 da Lei 8.666/93, e a *sui generis* situação do revogado artigo 6º, I, da Lei 8.137/90 (“crime de venda de produtos ou serviços por preço superior ao oficialmente tabelado”), caso em que o complemento “precificador” da norma penal em branco vigente ao tempo do fato teria ultratividade (artigo 3º do CP), mesmo que sucedido por portaria majorante dos preços oficialmente tabelados^[5].

Contudo, tal analogia não pode ser feita no tocante ao delito do artigo 89 da Lei de Licitações.

Em primeiro lugar, o revogado delito de venda ou oferta de produto ou serviço acima do preço “oficialmente tabelado” nasceu em uma situação de crise nacional, e revelou-se como forma de intervenção do governo no domínio econômico, voltada a obstar condutas mercadológicas passíveis de violar direitos humanos. Basta fazer a leitura dos pontos 12 e 13 da justificativa do anteprojeto de lei que positivou o artigo 6º, I, da Lei 8.137/90, de cujo teor consta expressamente que a norma era necessária ante ao “notório agravamento nos últimos tempos, diante da crise econômica, social”^[6]. O cenário era de instabilidade e anormalidade nacional no campo concorrencial e do livre mercado.



Situação flagrantemente oposta ocorreu no tocante ao artigo 89 da Lei 8.666/93, uma vez que sua justificação não se baseou em nenhuma situação de anormalidade[7], já que seu objetivo foi dar concretude ao disposto no artigo 37 da Carta Magna. Ademais, seu complemento tal como positivado até 18 de julho nos artigos 24, I e II, e 23, I e II, teve redação dada pela Lei 9.648, de 1998, ou seja, cerca de oito anos mais tarde que a crise dos anos 90 e cinco anos depois da inaugural Lei de Licitações, distanciando-se temporalmente daquele ano de crise (1990).

Daí ser claramente perceptível que nem o preceito primário do tipo do artigo 89 da Lei de Licitações e tampouco a integração do delito pela norma complementadora advieram para vigorar em condições sociais de anormalidade, muito ao contrário, não se vincularam à duração de motivos excepcionais. Advieram para serem perene no Estado Democrático de Direito.

É um típico caso em que o complemento integra-se à norma penal de tal forma que passa a consistir na essência da proibição, e, por tal razão, sua alteração ou revogação acarreta em efetiva mudança da lei penal, retroagindo justamente por se tratar de *novatio legis in melius*.

Apesar das divergências doutrinárias quanto à retroatividade da norma penal em branco heterogênea, cabe ter presente a magistral lição de Cleber Masson[8], no que formulou um método extremamente didático e que auxilia na compreensão da temática. Para ele, se a norma foi positivada em cenário de normalidade, a alteração do complemento retroage.

É fato que nosso sistema jurídico carece de uma dogmática mais consistente em tema de direito penal intertemporal, até porque, há que se ter justificativas idôneas e bastantes em si que possam neutralizar aquilo que a Constituição Federal preconizou ser um direito fundamental e que tem aplicação imediata.

Ora, “a eficácia retroativa e a eficácia ultrativa da norma penal benéfica possuem extração constitucional (CF, art. 5º, XL), traduzindo, sob tal aspecto, inquestionável direito público subjetivo que assiste a qualquer suposto autor de infrações penais”[9].

Como consequência de as previsões constantes do artigo 5º, XL, da CF/88, artigo 2º, parágrafo único do CP, e artigo 9º, *in fine*, do Pacto de São José da Costa Rica, constituírem dispositivos definidores de um direito fundamental do réu, a Constituição Federal, no parágrafo 1º do artigo 5º, explicitou que em tais casos a aplicação é imediata.

Eis o teor do artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Não há margem para interpretações contrárias a uma disposição constitucional tão eloquente.

Nessa ordem de ideias, como não há dúvidas de que o complemento do artigo 89 da Lei 8.666/93 foi editado em situação de normalidade, fica patente que o Decreto 9.412/2018, ao elevar o patamar de dispensa de licitação positivado no artigo 24, I e II, da Lei de Licitações, promoveu verdadeiro esvaziamento da essência da proibição, de modo que foi retirada a concepção acerca do caráter ilícito da conduta do gestor público (ou do empresário fornecedor) que realizou o ato de dispensa que orbitou abaixo do novel teto para contratações diretas.



Dentre os fundamentos que justificam a retroatividade da nova lei penal mais benéfica, estão as razões de ordem humanitária, de liberdade (*favor libertatis*), de justiça, de equidade, de proporcionalidade e de igualdade de tratamento que deve haver para casos semelhantes[10]. Humanitária, porque manter a criminalização por dispensa de licitação realizada acima do antigo teto, mas abaixo do novo, configuraria ato sancionatório manifestamente paradoxal, pois estar-se-ia punindo o agente público que buscou realizar e atender o interesse público, o coletivo, em prol do bem comum, enquanto o próprio estado estava inerte em atualizar os valores para contratações diretas. De liberdade, porque, conforme já dissemos, a ingerência do direito penal na sociedade deve ser sempre a ultima ratio. E de justiça, equidade, proporcionalidade e igualdade, porque do contrário, estar-se-ia a permitir a convivência de respostas estatais punitivas antagônicas para atos semelhantes, ferindo-se a lógica da atenuação da valoração ético-social do fato que se tornou um indiferente penal, decorrente da novel norma plasmada no Decreto n. 9.412/2018.

3. Conclusão

Tendo em vista que a positivação do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 se deu em um contexto de normalidade institucional, e que seu complemento por norma extrapenal não está atrelado a qualquer situação excepcional, a qualificação jurídica de direito fundamental constitucionalmente outorgada à retroatividade da norma penal mais benéfica torna imperativo o reconhecimento de que o Decreto 9.412/2018 constitui *novatio legis in mellius*, tratando-se, pois, de um típico caso em que o complemento integra-se à norma penal de tal forma que passa a consistir na essência da proibição, e, por tal razão, a alteração que promoveu no artigo 24, I e II, da Lei 8.666/93 acarretou em efetiva mudança da lei penal, de modo a extinguir a punibilidade, por efeito do artigo 5º, XL, da CF/88, artigo 2º, parágrafo único do CP, e artigo 9º, *in fine*, do Pacto de São José da Costa Rica.

[1] No STF, a discussão já se encontra resolvida, no sentido de que o delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 é crime material, de ordem a demandar prova do dano ao erário, bem como se reputa imprescindível a demonstração de dolo específico de lesar o patrimônio público (Inq 3.962/DF, rel. min Rosa Weber, julgamento em 20/2/2018).

[2] Crime de contrabando e sucessão normativa alteradora de seu complemento. No RE 148.687-2/PR, o excelso pretório concluiu que a anistia tributária implementada por decreto-lei presidencial não ofendia a constituição e tampouco inibia a retroatividade da lei penal mais benéfica, de modo que a superveniente norma autorizativa de entrada no país de determinada mercadoria até então proibida tinha o legítimo efeito de extinguir a punibilidade dos fatos preteritamente praticados.

[3] PRADO. Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: Jurisprudência e conexões lógicas com os diversos ramos do direito*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

[4] Vide: STF, ARE 792.211, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 8/5/2014; RE 719.697, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 31/11/2012.

[5] Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, em sua obra *Curso de Direito Penal* (2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 112) explanam de forma elucidativa o revogado crime de venda ou oferta de produto ou serviço oficialmente tabelado, que era preconizado no artigo 6º, I, da Lei 8.137/90.

[6] É o que se verifica das notas 11 e 12 da justificativa legislativa do projeto de lei que desaguou na Lei 8.137/90: “12. Concomitantemente, o projeto busca coibir a prática dos crimes de abuso de poder



econômico, que tanto têm sobressaltado a sociedade brasileira, com notório agravamento nos últimos tempos, diante da crise econômica, social e de exercício de legítima autoridade que propicia, mormente no campo da atividade econômica monopolizada ou oligopolizada, o florescimento da impunidade dos agentes de tais delitos. 13. Objetivamente, cuida-se de instituir legislação protetora da economia popular e da efetiva defesa do consumidor, esmagado pela crescente audácia na prática de tais fatos anti-sociais, de outro turno cerceadora da livre concorrência e inibidora dos princípios regentes de uma economia de mercado compatível com os interesses coletivos...”.

[7] Basta a leitura do Projeto de Lei 1.491/91, e da justificativa que consta ao final, acessível pelo link <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14SET1991.pdf#page=65>.

[8] Masson, Cléber. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 49/50.

[9] Vide: STF, HC 97094, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, PUBLIC 29-11-2012.

[10] PRADO. Luiz Regis., p. 68.

Date Created

14/08/2018