



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA- EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO HENRIQUE SOARES DE HOLANDA

CRIMES NA LEI DE LICITAÇÃO

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

JOÃO HENRIQUE SOARES DE HOLANDA

CRIMES NA LEI DE LICITAÇÃO

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção de título de especialização em Direito Penal e Processo Penal.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

JOÃO HENRIQUE SOARES DE HOLANDA

CRIMES NA LEI DE LICITAÇÃO

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção de título de especialização em Direito Penal e Processo Penal.

Brasília-DF, 26 de agosto de 2016.

Prof. (título). [Nome do Orientador]
Professor Orientador

[Nome do membro da Banca]
Membro da Banca Examinadora

[Nome do membro da Banca]
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao ilustre Professor Jacoby Fernandes, pela oportunidade de aprender valiosos ensinamentos e pela influência em sempre fazer tudo com excelência.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar de forma sistemática as nuances que envolvem os crimes previstos na Lei nº 8.666/1993, tidos como crimes da Lei de Licitação ou crimes de licitação. Essa espécie de crime é pouco aprofundada no ordenamento jurídico, além de apresentar interpretações doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, em virtude da indesejada redação legislativa dada a esses tipos penais. Dessa forma, pretende-se expor, de forma clara e objetiva, as divergências doutrinárias com a filiação da interpretação mais correlata e com a nova sistemática jurídico-penal da matéria. Pretende-se, ainda, trazer paradigmas jurisprudenciais sobre os tipos penais em análise, além de detalhar pontos específicos que conjugam a prática administrativa com as condutas descritas nos tipos penais. Os crimes de licitação apresentam especificidades que os distinguem dos crimes comuns previstos no Código Penal. Além dessas especificidades, cada tipo penal tem sua particularidade que exige do intérprete, muitas vezes, o conhecimento do Direito Administrativo e da praxe administrativa. Para a compreensão dos tipos penais específicos, é importante o conhecimento sobre as classificações dos crimes, precipuamente no que concerne aos sujeitos do delito e ao momento da consumação, o que vai delimitar o âmbito de incidência de cada crime. Essa compreensão traz consigo a necessidade de garantir segurança jurídica e proteção aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, considerando, ainda, o momento vivenciado pela Democracia brasileira com as operações policiais envolvendo a corrupção, estritamente ligada a essa espécie de crime.

Palavras-chave: Lei nº 8.666/1993. Crimes na Lei de Licitação. Crimes de Licitação. Divergência. Interpretação sistemática.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate systematically the nuances involving the crimes defined in Law No. 8.666 / 1993, considered as crimes of the bidding law or bidding crime. This kind of crime is little depth in the legal system, and have different doctrinal and jurisprudential interpretations, due to unwanted legislative wording to these criminal types. Thus, we intend to expose, clearly and objectively, the doctrinal differences with membership of more correlative interpretation with the new legal and criminal systematic matter. It is intended to also bring jurisprudential paradigms on criminal types in question, in addition to detailing specific points that combine administrative practice with the conduct described in criminal types. bidding crimes have special features which distinguish them from ordinary crimes under the penal code. In addition to these characteristics, each criminal type has its particularity that requires the interpreter, often, knowledge of administrative law and administrative practice. To understand the specific criminal types is important to know about the classification of crimes, primarily with respect to the subject of the offense and the time of consummation, which will define the scope of incidence of each crime. This understanding brings with it the need to ensure legal certainty and protection of the rights and guarantees of citizens, considering also the moment experienced by the Brazilian democracy with police operations involving corruption, closely linked to this kind of crime.

Keywords: Law nº 8.666/1993. Crimes in the Bidding Law. Bidding crimes. Divergence. systematic interpretation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONTEXTUALIZAÇÃO DAS NORMAS DE LICITAÇÃO.....	9
2. DO SURGIMENTO DOS CRIMES DE LICITAÇÃO.....	16
2.1. Da aplicação de normas subsidiárias	19
2.2. Do âmbito de aplicação dos crimes da Lei de Licitação.....	21
2.3. Definições importantes	22
2.4. Aspectos gerais das penas.....	24
2.5. Elemento subjetivo nos crimes da Lei de Licitação.....	26
2.6. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	28
3. DOS TIPOS PENAIS DA LEI DE LICITAÇÕES.....	31
3.1. Da dispensa e da inexigibilidade fora das hipóteses legais.....	31
3.2. Da frustração do caráter competitivo.....	42
3.3. Do patrocínio de interesse privado	48
3.4. Da modificação contratual fora das hipóteses legais e da preterição de pagamento	51
3.5. Do impedimento, da perturbação ou da fraude a procedimento licitatório.....	56
3.6. Da devastação de sigilo de proposta	60
3.7. Do afastamento de licitante por meio de violência e outros	64
3.8. Da fraude em prejuízo da Fazenda Pública.....	69
3.9. Da admissão/contratação de empresa ou profissional inidôneo.....	75
3.10. Do afastamento de inscrição de interessados em registros cadastrais	80
3.11. Da pena de multa	84
4. DO PROCESSO E PROCEDIMENTO JUDICIAL.....	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata sobre os crimes da Lei de Licitação¹ vistos sob a perspectiva dos dias atuais, especificamente quando relacionados com a corrupção, que hodiernamente é transmitida nos noticiários e jornais brasileiros.

Além da análise dos crimes de licitação, propõe-se ainda um exame dos demais crimes que, na maioria das vezes, acompanham aqueles previstos na Lei de Licitação, precipuamente os crimes contra a Administração Pública, mas que são previstos no Código Penal e em legislação especial.

A temática torna-se interessante a partir do momento em que se verifica a escassez de material sobre o assunto, o qual a cada dia exige mais conhecimento por parte dos profissionais da área jurídica, como advogados, delegados, promotores, juízes ou estudantes, e de qualquer pessoa interessada pelo tema.

Os tipos penais tratados neste trabalho são pouco trabalhados pela doutrina quando comparados aos tipos penais do Código Penal e de algumas legislações especiais.

O tema está também estritamente ligado com a corrupção no Brasil que, nos dias atuais, ganhou mais relevo com o processo denominado Mensalão² e a recentíssima operação Lava a Jato³.

Pretende-se, nesse contexto, demonstrar as nuances e especificidades relativas aos crimes da Lei de Licitação, principalmente em relação ao aspecto doutrinário, como na prática administrativa, mas sem perder de vista o procedimento para a aplicação dessa espécie de crimes.

¹ Entende-se como crimes da Lei de Licitação aqueles previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, legislação que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

² Mensalão é o nome dado ao escândalo de corrupção política mediante compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional do Brasil, que ocorreu entre 2005 e 2006. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org>> Acesso em 1º ago. 2016.

³ Operação Lava a Jato é o nome de uma investigação realizada da Polícia Federal do Brasil, cuja deflagração da fase ostensiva foi iniciada em 17 de março de 2014. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org>> Acesso em 1º ago. 2016.

A principal técnica a ser utilizada para abordar a sistemática penal é a pesquisa bibliográfica e documental, dado o caráter teórico-argumentativo do trabalho.

O desenvolvimento da análise possui como pilares a conceituação substantiva, tanto jurídica como sociológica, dos seguintes termos: crimes, licitação, Administração Pública e corrupção.

A forma de abordagem adequada será a pesquisa sócio-jurídica. Isso porque, como sinalizado, é preciso estabelecer uma relação entre o campo do Direito e as outras esferas do conhecimento para dar uma resposta razoável ao problema, o que o Direito sozinho não alcança.

O contexto a ser abordado introduz aspectos sociológicos das condutas humanas, especificamente aquelas ligadas à corrupção e tuteladas na Lei de Licitação, foco do trabalho proposto.

Nada obstante, será observado também o aspecto social da conduta humana na prática das infrações penais previstas nos crimes de licitação.

Pretende-se ainda abordar a dogmática penal dos referidos crimes na visão doutrinária.

Por fim, verificar-se-á a ligação da ciência do Direito aplicada ao contexto social, uma vez que o trabalho terá como fundamento, além de teorias, a demonstração prática da ocorrência de comportamentos combatidos pela legislação em comento.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DAS NORMAS DE LICITAÇÃO

Antes da abordagem específica dos tipos penais existentes na Lei de Licitação, convém consignar o contexto histórico e evolutivo das normas de licitação no Brasil, além do descortino de alguns conceitos administrativos aplicáveis à interpretação dos tipos penais.

A primeira norma de aplicabilidade em âmbito nacional sobre licitações e contratos foi o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Antes disso, diversos decretos foram editados com aplicabilidade limitada ao âmbito federal, estendidos para outras esferas apenas por força jurisprudencial⁴.

Tal normativo teve o condão de consolidar o princípio da moralidade administrativa em âmbito nacional. Dessa forma, esse relevante princípio ganhou assento irremovível na ordem jurídica nacional, com observância legal obrigatória no âmbito da Administração Pública direta e indireta, incluindo órgãos com personalidade jurídica de direito privado⁵.

O princípio da moralidade administrativa está estritamente ligado ao princípio da competição licitatória, considerando o aspecto democrático e isonômico da atuação estatal.

Assim, já na década de 70, o Tribunal de Contas da União – TCU editou a Súmula nº 158:

Devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelegável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.⁶

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 200/1967 foi substituído pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, cuja aplicação também vinculava todas as unidades federativas da administração pública (direta e indireta), tendo sido, por fim, substituído pelo atual diploma geral de licitações e contratos no Brasil, a Lei nº 8.666/1993.

⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 1.

⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 2.

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 158. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

É importante consignar que, nesse interregno, entre o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e a Lei nº 8.666/1993, a disciplina licitatória ganhou espaço na Constituição Federal de 1988, com quatro importantes referências diretas à matéria:

- a) art. 22, inciso XXVII;
- b) art. 37, inciso XXI;
- c) art. 175; e
- d) art. 195, §3º.

Como leciona o professor Jessé Torres, a Lei nº 8.666/1993 manteve em linhas gerais a estrutura já delineada pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986, sobressaindo, porém:

- a) a ampliação das normas gerais à Administração dos estados, DF e municípios e entidades vinculadas;
- b) o melhoramento no dever geral de licitar e as hipóteses que o excepcionam;
- c) as definições objetivas de conceituações legais;
- d) as regras mais exigentes sobre a elaboração do edital e o julgamento das propostas;
- e) os procedimentos especiais para determinados tipos e regimes de licitação; e
- f) o direito à ampla defesa em caso de desfazimento do processo licitatório por revogação ou anulação.⁷

Percebe-se, então, que, desde a publicação do Decreto-Lei nº 200/1967 até o atual diploma geral que trata de licitações e contratos no Brasil, houve muito amadurecimento do assunto, além da elevação constitucional do procedimento licitatório, com relevância ao princípio da moralidade pública, importante bem jurídico protegido com a positivação dos crimes previstos na Lei de Licitação, como será abordado mais a frente.

É importante também a explanação sobre aspectos gerais e principiológicos relativos ao processo de contratações públicas, que atualmente é orientado pela mencionada Lei nº 8.666/1993, em virtude do mandamento constitucional do art. 37, inciso XXI:

⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[...] as obras, serviços e 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.⁸

Segundo Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, a licitação é um procedimento formal com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.⁹

No mesmo sentido, em sua obra *Crimes de Licitação*, Diógenes Gasparini assim define licitação:

[...] procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse¹⁰.

Assim, para a obtenção da proposta mais vantajosa e posterior formalização do contrato, a administração deve adotar, obrigatoriamente, um dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/1993 e, como regra geral, esse procedimento se consubstancia na adoção de uma das seguintes modalidades:

- a) concorrência;
- b) tomada de preços;
- c) convite;
- d) concurso;
- e) leilão; e
- f) pregão.

O mencionado diploma geral utiliza dois critérios para a definição da modalidade no caso concreto. O primeiro leva em consideração a natureza do objeto e o segundo o seu valor estimado.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988.

⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 90.

Em relação à natureza do objeto, utiliza-se o leilão nas alienações de bens inservíveis, produtos apreendidos, penhorados e bens imóveis – nos termos do art. 19 da Lei nº 8.666/1993.

Assim também funciona com a modalidade concurso, quando da escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a atribuição de prêmios ou remuneração. Já o pregão é utilizado nas aquisições de bens e serviços comuns, com aplicabilidade específica da Lei nº 10.520/2002 e decretos regulamentares¹¹.

Por outro lado, o segundo critério tem como base o valor estimado do objeto. Para esse critério, utilizam-se a concorrência — para objetos de elevado valor —, a tomada de preços — para situações intermediárias — e o convite — para casos de pequeno valor —, de acordo com o art. 23 do mesmo diploma legal em análise.

Convém trazer à baila também os casos de contratações diretas, como exceção à regra da obrigatoriedade de licitar, quais sejam: a dispensa e a inexigibilidade de licitação, regulamentadas nos art. 17, §2º-A, art. 24 e art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

Assim, verifica-se que, para a realização de uma licitação, exige-se procedimento formal consubstanciado em processo administrativo, com adoção de uma das mencionadas modalidades e cumprimento de formalidades no caso concreto.

Para a instrução do mencionado processo, o gestor público deve pautar sua conduta sempre nos princípios que orientam o procedimento licitatório, tanto os previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal¹², quanto os preconizados no art. 3º do diploma geral de licitação¹³.

Ou seja, o gestor deve prezar pela observância dos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia, seleção da proposta mais

¹¹ Citam-se como principais decretos do pregão em âmbito federal, os Decretos nºs 3.555/2000 e 3.450/2005.

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. 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 [...]

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

vantajosa, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Dessa forma, observa-se que as condutas tipificadas como crimes na Lei de Licitação estão direta ou indiretamente ligadas aos mencionados procedimentos e princípios. Assim, sempre que a conduta dos servidores ou terceiros interessados transgredir esse conjunto de normas e procedimentos poderão surtir efeitos penais dependendo do caso concreto.

O princípio norteador da atividade administrativa, com principal reflexo nos tipos penais, é o princípio da moralidade, que deve ser estritamente observado tanto na condução do procedimento licitatório quanto na execução contratual.

Cezar Roberto Bittencourt elucida a proteção ao bem jurídico tutelado pelos crimes previstos na Lei de Licitação:

Bem jurídico protegido é, novamente, garantir a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade do certame licitatório, mas especialmente preservar o patrimônio da Fazenda Pública. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, assegurar a correção, legalidade e **moralidade** na realização de cada um e de todos os atos do procedimento licitatório, observando rigorosamente a regra do respeito ao bem público¹⁴.

Nesse mesmo sentido, Luis Regis Prado leciona sobre a conduta dos agentes públicos:

Não se pode olvidar que a eficiência funcional do Estado depende precipuamente da **honestidade** e da eficiência com que os agente públicos atuam, visto que, como representantes daquele, suas atividades refletem positiva ou negativamente na coletividade, no que tange à formação moral e política dos cidadãos e no respeito que estes devem ter para com os entes públicos, essencial para a própria solidez do Estado Democrático de Direito, planejado pela Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁵

A conduta proba e eficaz que se exige nas compras pública é praticada, na maioria das vezes, por agentes públicos, sejam servidores públicos, que efetivamente conduzem o

¹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

¹⁵ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.316.

procedimento licitatório, sejam agentes políticos, que normalmente tomam decisões e orientam os gastos públicos de acordo com os programas de governo.

Não é demais ressaltar que, para o êxito do regular procedimento licitatório e para a obtenção do resultado almejado pela Administração Pública, o particular também se revela essencial nesse contexto, ainda que não tenha o controle efetivo do procedimento, mas que dele participe diretamente.

Tal premissa se revela importante, considerando que a licitação tem duas vertentes: proteger a administração nas suas contratações e respeitar, por meio da isonomia e do devido processo legal, o interesse do particular.

Assim, considerando o poder decisório de determinadas autoridades, precipuamente agentes políticos, verifica-se que nesse contexto, no qual se envolve diversos atores, muitas vezes, ocorre a prática de crimes denominados de colarinho branco.

Sobre crimes de colarinho branco, Félix Fischer esclarece:

Crimes de colarinho branco. Tais crimes são praticados, em regra, por pessoas que se julgam acima da lei e que, de certa forma, historicamente, poderiam ter esse sentimento em virtude da impunidade com que agiam livremente. Hoje com a modernização da repressão criminal, tem havido certa mudança e pelo menos conseguimos vislumbrar uma luz no final do túnel. Pode nesse trajeto, ter ocorrido alguns excessos que devem ser combatidos, alguns equívocos que acontecem em qualquer atividade, mas pelo, menos, iniciou-se nos últimos anos, o combate àquilo que é intolerável, que é imprescindível coexistir com a ambição de uma melhor qualidade de vida.¹⁶

Nessa senda, tais condutas reprovadas têm incidência nas mais variadas esferas da Administração, principalmente no âmbito municipal, considerando a elevada quantidade desses entes no Brasil e os deficientes controle e fiscalização existentes. Nesse sentido, Antônio Marmo Trevisan exemplifica essas condutas:

Uma forma de fraudar a prefeitura é por meio de notas superfaturadas. Para serviço que foi realmente prestado e teria um determinado custo, registra-se na nota fiscal um valor maior. Nas licitações, o processo de

¹⁶ FISCHER, Félix. *Série Cadernos do CEJ 25*. Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2005, p. 35.

superfaturamento se dá com cotações de preços dos produtos em valores muito superiores aos de mercado. Nos dois casos, a diferença entre o preço real e o valor superfaturado é dividida entre os fraudadores.¹⁷

Ou seja, independente da forma ou da conduta, o fim espúrio da corrupção atinge diretamente o erário e exige a atuação enérgica das autoridades e leis brasileiras.

Não se pode olvidar que nessa segunda década do século 21 evidenciou-se uma crise moral e ética nas instituições brasileiras, como nunca antes se tinha visto na história brasileira. Essa constatação se deve, além da mídia, às instituições incumbidas de investigar e apurar essas espécies de crimes que envolvem a corrupção.

Ressalta-se o trabalho investigativo das polícias Civil e Federal, além da contribuição do Ministério Público.

Essas apurações deságuam no Poder Judiciário, com a incidência de várias medidas cautelares e consequentes processos criminais, como o caso do “mensalão”, julgado em 2014 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, entendido como o pico da crise política institucional brasileira, ensejando a prisão de diversos políticos.

Vale ressaltar que, em pesquisa realizada pela ONG Transparência Internacional, metade das empresas que já participaram de licitação combinaram preços nos certames, o que demonstra a situação alarmante e a necessidade da atuação do Estado nesse cenário.

Essa análise mais acurada não deve se limitar, tão somente, ao recrudescimento da pena e à utilização do Direito Penal, mas deve abranger outros instrumentos capazes de elidir tais práticas e atenuar a corrupção, a qual parece estar arraigada na cultura brasileira.

Nesse contexto ético, moral e amplo das condutas nas licitações públicas, muitos comportamentos estão tipificadas como crimes, conforme será adiante verificado.

¹⁷ TREVISAN, Antonio Marmo. CHIZZOTTI, Antonio. LANHEZ, João Alberto. CHIZZOTTI, José. VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003, p. 27.

2. DO SURGIMENTO DOS CRIMES DE LICITAÇÃO

Em relação aos crimes que envolvem procedimentos licitatórios, inicialmente, com a promulgação do Código Penal de 1940, incorporou-se ao ordenamento jurídico 2 (dois) tipos penais.

Naquela época, o legislador optou por criar apenas 2 (dois) tipos penais tidos como suficientes para tutelar criminalmente os procedimentos licitatórios, algo que atualmente não se coaduna com a realidade brasileira, considerando a evolução da obrigatoriedade de licitar e de se proteger as compras públicas.

O primeiro tipo previsto no Código Penal foi o do art. 326, denominado de “violação do sigilo de proposta de concorrência”¹⁸. O segundo, estabelecido no art. 335, tipificou o “impedimento, perturbação ou fraude de concorrência”¹⁹.

Atualmente, todos se encontram revogados tacitamente²⁰ pelos tipos penais da Lei nº 8.666/1993. Essa revogação tem fundamento legal no art. 2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB²¹, considerando que os novos tipos penais trazidos pela Lei nº 8.666/1993 preconizaram inteiramente as condutas previstas nos mencionados artigos.

O art. 326 (violação do sigilo de proposta de concorrência) foi ab-rogado²² pelo atual art. 94 (devassar o sigilo de proposta em procedimento licitatório) da Lei²³ nº 8.666/1993. Já o

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Art. 326 - Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa.

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem. Pena: detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

²² Quando um artigo revoga totalmente o seu antecessor.

²³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada

art. 335 (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), pelos arts. 93 e 95 do mesmo diploma legal²⁴.

Convém destacar que essa premissa não se aplicou ao art. 358 do Código Penal²⁵, considerando que este objetiva proteger a administração da justiça, em especial às arrematações judiciais, razão pela qual, quando a questão se referir a arrematações promovidas pela administração pública, aplicar-se-ão as previsões especiais da Lei nº 8.666/1993 (art. 93 e 95).

Nesse contexto, não é demais ressaltar que o doutrinador Greco Filho, em obra que trata sobre os crimes de licitações²⁶, explana sobre a existência de 3 (três) tipos penais revogados no Código Penal de 1940, fazendo menção ao art. 336 “inutilização de edital ou de sinal”²⁷.

Entende-se, no entanto, que tal dispositivo não tutela somente os procedimentos licitatórios, além de não ter sido revogado por nenhum outro dispositivo da Lei de Licitações²⁸.

Essa premissa também é chancelada na obra de Cezar Roberto Bitencourt,²⁹ que faz comentários de tal dispositivo sem mencionar sua revogação, assim como o faz nos revogados artigos 326 e 335 do Código Penal.

em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório. Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa; e Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Pena: detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

²⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 1.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Art. 336. Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto. Pena: detenção, de um mês a um ano, ou multa.

²⁸ Convém mencionar a existência de precedente que explana sobre esse dispositivo legal sem considerar a sua revogação, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no HC nº 74.259/CE. Relator: ministro Félix Fischer. Julgado em: 16 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 30 ago. 2016.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.471.

Evidencia-se, ainda, que André Guilherme Tavares de Freitas traz em sua obra³⁰ o entendimento de que a promulgação da Lei nº 8.666/1993, especificamente o art. 89, também revogou em partes o inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei³¹ nº 201/1967, passando a ser aplicado, tão somente, ao parcelamento de despesas.

Com a elevação do entendimento sobre a importância dos procedimentos licitatórios, reforçada pelo Decreto Lei nº 200/1967 e posteriormente pela atual e vigente Lei nº 8.666/1993, considerando o patamar constitucional da licitação, a disciplina penal ganhou mais atenção do legislador ao incluir 10 (dez) tipos penais que protegem diretamente os procedimentos licitatórios.

É bem verdade que a legislação tradicional de licitações e contratos não registrava, até então, muitas preocupações com o lado criminal³², o que foi desenvolvido pela Lei nº 8.666/1993.

Ainda que tenha ocorrido um avanço na proteção ao bem jurídico em comento, há críticas sobre a insuficiência da técnica legislativa³³ na elaboração dos tipos penais da Lei nº 8.666/1993.

Sobre o assunto, convém registrar posicionamento do professor Jacoby Fernandes:

Quando passou a vigorar, a Lei de Licitações era vocacionada a ser um marco geral que guiaria todo o procedimento licitatório no aspecto técnico. Ali foram estabelecidas as normas sobre modalidades, conceitos, causas de dispensa e inexigibilidade, crimes e penalidades referentes às compras públicas. Efetivamente, a Lei nº 8.666/1993 ainda preserva grande parte de sua vocação. Porém, ao longo do tempo, outras normas surgiram no ordenamento jurídico nacional.³⁴

³⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 79.

³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967*. Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei.

³² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 795.

³³ Leon Frejda Szklarowsky e Greco Filho. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em 20.07.2016.

³⁴ FERNANDES, Jacoby. *Consolidação das Leis de Licitação*. Informativo nº 2112, de 30 de maio de 2016. Fórum Jacoby de Gestão Pública. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/infj/InformativosINJA/211230052016>>. Acesso em: 30 maio 2016.

Ou seja, o mencionado diploma geral precisa de atualização e alinhamento com o atual ordenamento jurídico nacional, incluindo a nova perspectiva da dogmática penal, no intuito de afastar normas de difícil compreensão, com várias divergências doutrinárias e, muitas vezes, sem aplicabilidade prática.

É interessante, também, o posicionamento de André Guilherme Tavares de Freitas, de que “em vez de termos as disposições penais da Lei de Licitações como ‘natimortas’, devemos, ao revés, colaborar para sua efetiva aplicação”.³⁵

Essa premissa não deve ser efetivada em prol da legalidade e da segurança jurídica, o que não impede também que eventuais projetos de leis sejam encaminhados para o melhoramento dos tipos penais tratados neste trabalho.

Em relação aos tipos penais existentes na Lei nº 8.666/1993, antes da análise dos tipos penais específicos, algumas reflexões devem ser registradas para melhor compreensão da sistemática penal dessa espécie de crime, conforme a seguir delineado:

- a) aplicação de normas subsidiárias;
- b) âmbito restritivo de incidência dessa espécie de crimes;
- c) definições importantes;
- d) aspectos gerais das penas;
- e) elemento subjetivo nos crimes da Lei de Licitação; e
- f) responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2.1. Da aplicação de normas subsidiárias

O art. 108 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que “no processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal”.

³⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 3.

Inicialmente, convém destacar a falta de precisão legislativa ao incluir como norma subsidiária a Lei de Execução Penal – Lei³⁶ nº 7.210/1984 –, uma vez que não existe nenhum dispositivo sobre a execução da pena na Lei nº 8.666/1993.

Assim, diferentemente do que preconiza o art. 108 da Lei nº 8.666/1993, a Lei de Execução Penal terá aplicação primária na execução das penas dos crimes da Lei de Licitação.

Do mesmo modo ocorrerá com o Código Penal, mas, dessa vez de maneira proposital, o legislador não preconizou a sua aplicação subsidiária, o que reforça esse entendimento, considerando o previsto no art. 12 do Código Penal³⁷.

Dessa forma, precipuamente a parte geral do Código Penal, incluindo os institutos das excludentes de ilicitude, desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior, entre outros, poderá ser perfeitamente aplicável aos crimes da Lei de Licitação, salvo no que a lei estabeleceu de forma específica³⁸.

Cabe ressaltar o posicionamento esposado por André Guilherme Tavares de Freitas ao rechaçar o entendimento sobre a impossibilidade de aplicação prática das excludentes de ilicitude aos crimes previstos na Lei de Licitação, tese também defendida pelo saudoso doutrinador Diógenes Gasparini³⁹.

Deve-se, então, ser verificado o caso concreto. Vislumbra-se, por exemplo, a possibilidade de aplicação da dirimente prevista no art. 23, inciso I, do Código Penal (estado de necessidade) à prática da conduta típica do art. 89, *caput*, parte final, da Lei nº 8.666/1993, quando o agente desrespeitar as formalidades, especificamente os prazos previstos no art. 26 (com dolo), em virtude da ocorrência de força maior – tragédia com exposição de atual risco de vida.

³⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

³⁸ Temos como exemplo de aplicação específica as penas automáticas – art. 83 e a causa de aumento de pena do art. 84, §2º, ambos da Lei de Licitações.

³⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 36.

Quanto ao procedimento penal, verifica-se também a aplicação primária da Lei nº 9.099/1995 aos crimes cujas penas máximas não sejam superiores a 2 (dois) anos, nos termos do art. 61 do mesmo dispositivo legal.

Por fim, cumpre mencionar ainda que a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, como expressamente previsto no art. 108, somente ocorrerá quando existir norma processual específica na Lei de Licitações, servindo, porém, como fonte primária em outras situações, como citação, intimação, prazos, contagem de prazos, nulidades, preparo e processamento dos competentes recursos⁴⁰.

2.2. Do âmbito de aplicação dos crimes da Lei de Licitação

É importante ressaltar também a previsão do art. 121 da Lei nº 8.666/1993 de que os crimes previstos nessa Lei só serão aplicados às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriores a sua vigência, respeitando o já consagrado princípio da irretroatividade da lei penal, esculpido no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988 e no art. 1º do Código Penal.

Destarte, os crimes de licitação só poderão ser aplicados aos procedimentos e contratos ocorridos a partir de 22 de junho de 1993, data que a Lei Geral de Licitações e Contratos entrou em vigor⁴¹.

Nesse sentido, entende-se como licitação instaurada aquela que já tenha tido seu edital publicado⁴² e contrato celebrado aquele já assinado pelas partes ou emitido pela autoridade competente (instrumentos similares).

Outra questão importante se refere ao âmbito de incidência dos procedimentos, definido pelo art. 85 e objetivamente a seguir discriminado⁴³:

a) União;

⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 90.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 125. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

⁴² GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 27.

⁴³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

- b) estados;
- c) Distrito Federal;
- d) municípios;
- e) autarquias;
- f) empresas públicas;
- g) sociedades de economia mista;
- h) fundações públicas; e
- i) quaisquer entidades sob seu controle direto ou indireto.

Nesse sentido, verifica-se que o legislador limitou de forma expressa a realização de licitações e a celebração de contratos a essas entidades, não incluindo nesse rol os fundos especiais, como ocorre no âmbito administrativo, assim previsto no art. 1º, parágrafo único, e no art. 6º, inciso XI, ambos da Lei de Licitação.

Diógenes Gasparini elucida o que é fundo especial: “uma reserva de numerário destinada a um dado fim (construção de casas populares), gerenciando por uma comissão vinculada a certa pessoa pública (Distrito Federal, Município) ou governamental (empresa pública).”⁴⁴

2.3. Definições importantes

Em relação às definições importantes para a real e efetiva aplicação dos tipos penais da Lei de Licitação, primeiramente é necessário consignar o significado de contrato.

De acordo com o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, considera-se contrato “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 88.

Ou seja, a definição deve ser entendida juntamente com outros instrumentos hábeis, como aqueles previstos no art. 62 da Lei nº 8.666/1993, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.⁴⁵

Outra definição que convém distinguir refere-se à modalidade concurso, que não se confunde com o concurso público, este previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, aquela modalidade de licitação prevista no art. 22, inciso IV e §4º da Lei nº 8.666/1993. Ou seja, eventuais fraudes em concurso público serão reguladas pelo Código Penal (art. 311-A) e não pelos crimes de licitação.

Por fim, em matéria de aplicação de crimes de licitação, o próprio legislador trouxe a definição de servidor público, afastando aquela definição prevista para crimes em geral do Código Penal.

Veja-se a diferença no quadro comparativo a seguir:

DEFINIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO CÓDIGO PENAL	DEFINIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NA LEI DE LICITAÇÕES
<p>Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.</p> <p>§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e <u>quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.</u></p> <p>§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em</p>	<p>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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos</p>

⁴⁵ JR. PEREIRA, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<p>comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.</p>	<p>nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.</p>
---	---

Observa-se que o Código Penal incluiu como equiparados a funcionários públicos “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”, o que não ocorreu para os crimes da Lei de Licitação.

Aqui cabe destacar uma crítica, pois é prática comum na Administração Pública funcionários de empresas terceirizadas participarem efetivamente dos atos de procedimentos licitatórios, situação que vulnera o bem jurídico tutelado, uma vez que determinados tipos penais não poderão alcançar essas pessoas quando o tipo penal não for comum.

2.4. Aspectos gerais das penas

Quanto aos aspectos gerais das penas nos crimes da Lei de Licitação, primeiramente convém consignar que todas as penas (preceitos secundários) preconizam apenas detenção e multa, ou seja, permite-se apenas prisão simples para os autores, característica principal da pena de detenção⁴⁶.

Devido à forma branda que o legislador escolheu as penas dos crimes de licitação, cabe uma crítica, considerando que são condutas gravíssimas e que afetam diretamente a moralidade administrativa e, na maioria das vezes, atinge o erário, com desvio de verbas que poderiam ser destinadas para o bem-estar da população, como investimentos em saúde, segurança, educação, etc.

⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Em outro ponto, sabe-se da dificuldade na investigação dessa espécie de crimes, considerando que muitas vezes são praticados em repartições públicas ou locais fechados, de difícil acesso, o que diminui a possibilidade de obtenção de provas suficientes para embasar uma ação penal (*justa causa*).

Uma das formas para se possibilitar uma investigação eficaz é a interceptação telefônica, preconizada na Lei⁴⁷ n° 9.296, de 24 de julho de 1996. No entanto, de acordo com o art. 2° da referida Lei, não se admite interceptação de comunicações telefônicas em infrações punidas com pena de detenção.

Assim, além da mínima efetividade das penas dos crimes da Lei de Licitação, a prática somente dos crimes dessa lei, sem a conexão com outros crimes de reclusão, impede a realização de interceptação telefônica — que, muitas vezes, é o único meio para embasar o oferecimento de uma ação penal —, afastando uma das formas de investigação que possibilitaria a obtenção de provas.

Quanto aos aspectos da pena, cabe ressaltar os efeitos automáticos das penas aplicáveis aos agentes públicos e a causa de aumento de pena para os comissionados e os que exerçam função de confiança.

Nesse sentido, o artigo 83 da Lei de Licitações preconiza: “Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.”

Para esse efeito automático de perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, exige-se, tão somente, como consequência lógica, que o sujeito seja agente público, diferentemente do previsto no art. 92, inciso I, a e b, do Código Penal, que traz como requisitos: que a pena privativa seja igual ou superior a um ano; nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional; e nas penas privativas superiores a 4 anos, além de exigir fundamentação do julgador.

Convém destacar, porém, o posicionamento de André Guilherme Tavares de Freitas, que informa em sua obra que essa aplicação só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da

⁴⁷ BRASIL. Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1996.

condenação e desde que haja o nexo funcional com a prática do crime, caso contrário não será possível o respectivo desligamento.

Nesse ponto, não é demais consignar recente decisão do STF que relativizou a necessidade do trânsito em julgado⁴⁸ para a execução da pena.

Observa-se que todos os tipos penais previstos na Lei de Licitação abrangem cumulativamente a pena de multa.

Em virtude dessa obrigatoriedade, em respeito à Súmula nº 171 do STJ, os delitos da Lei nº 8.666/1993, com possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não poderão ser substituídos por multa, *in verbis*: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

Por fim, é importante ressaltar a causa de aumento de pena aplicada àqueles ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, conforme previsto no art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993:

[...] a pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.⁴⁹

Dessa forma, nos casos em que exista o nexo funcional para aqueles que exerçam função de confiança ou cargo comissionado, além da perda automática do cargo ou da função, haverá a incidência da causa de aumento de pena de 1/3.

2.5. Elemento subjetivo nos crimes da Lei de Licitação

Como já delineado, os crimes previstos na Lei de Licitação só permitem a prática na modalidade dolosa, ou seja, não haverá a prática de crime culposos na Lei de Licitação.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Diário da Justiça Eletrônico [do] Supremo Tribunal Federal, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

Tal situação pode ser observada pela ausência expressa de crime culposo nessa legislação, consagrando a regra geral já adotada no Código Penal⁵⁰.

Aqui se encontra um dos maiores problemas de aplicação prática dos tipos penais previstos na Lei de Licitação, considerando a dificuldade na comprovação do dolo e, principalmente, que diversas condutas ali descritas são realizadas corriqueiramente de forma negligente, imprudente e imperita, sem repercussão na esfera Penal.

É imperioso ressaltar que a ausência de dolo na conduta do agente, ainda que possa afastar a tipicidade da infração penal, poderá sofrer a incidência de outras áreas do Direito, como a Administrativa e a Cível.

Várias condutas preconizadas como infrações penais na Lei de Licitação também estão previstas em outras leis do âmbito administrativo, precipuamente na Lei⁵¹ nº 8.112/1990 e na Lei⁵² nº 8.429/1992, o que não impede a instrução simultânea, consagrando o princípio da independência das instâncias.

Não é demais ressaltar também a competência dos tribunais de contas na análise das condutas que atinjam o erário, seja por meio de representações, tomadas de contas especiais ou análise de contas.

Entende-se que o legislador pecou ao não criminalizar determinadas condutas na modalidade culposa nessa espécie de crimes, pois ainda que não praticadas com dolo, a sua lesividade afeta relevantes princípios que merecem tutela penal repressora por parte do Estado.

Essa perspectiva ganha relevo sob a ótica do garantismo penal positivo, que visa garantir os direitos fundamentais e proteger os bens jurídicos relevantes para determinada sociedade.⁵³

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Art.18. Diz-se o crime: [...] II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único – salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 de dezembro de 1990, republicado em 18 mar. 1998.

⁵² BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 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. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 3 jun. 1992.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 8. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2006.

2.6. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Assunto interessante sobre a responsabilidade é a possibilidade de as pessoas jurídicas responderem pela prática de condutas de seus agentes, principalmente no aspecto criminal.

Convém destacar que existem 3 (três) sistemas distintos sobre a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica⁵⁴:

- a) sistema romano-germânico: não admite a responsabilização, sob a justificativa de que as pessoas jurídicas não podem delinquir;
- b) sistema anglo-saxão (*common law*): admite a responsabilização, por serem as pessoas jurídicas grandes violadoras de normas estatais; e
- c) sistema alemão: admite a responsabilização, por meio do chamado Direito Penal Administrativo ou contravenção à ordem.

A questão torna-se interessante tendo em vista que no âmbito Penal apenas a responsabilidade subjetiva pode ser considerada, uma vez que não há possibilidade de responsabilidade penal objetiva no Direito Penal brasileiro (sem dolo ou culpa).

Nesse sentido, como consequência lógica da natureza da pessoa jurídica, por ser uma ficção, na prática, torna-se impossível a verificação do dolo ou culpa, a não ser do ser humano que esteja por trás da prática criminosa realizada por pessoa jurídica.

Aliado a esses argumentos, deve-se respeitar também a intranscendência da pena, preconizada como uma garantia constitucional.

No Brasil, sobre a responsabilização da pessoa jurídica, em linhas gerais, existe a orientação constitucional do art. 173, §5º, e do art. 225, §3º, que se dá em relação:

- a) ao meio ambiente; e
- b) à ordem econômica, financeira e à economia popular.

⁵⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 37.

Quanto à ordem econômica, financeira e à economia popular, a própria Constituição, no mencionado §5º do art. 173, ressaltou a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica com punições “compatíveis com sua natureza”, não havendo regulamentação de tal dispositivo.

Já para o meio ambiente, o legislador editou a Lei⁵⁵ nº 9.605/1998, que preconiza a responsabilidade penal da pessoa jurídica, especificamente nos arts. 3º e 21.

Dessa forma, ainda que haja no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, nos casos acima delineados, essa possibilidade não se estendeu aos crimes da Lei de Licitação, considerando a ausência de autorização constitucional.

Antes da abordagem específica de cada tipo penal, é importante assinalar algumas orientações para melhor entendimento dessa espécie de crimes.

Assim, em cada tipo penal serão abordados os seguintes tópicos:

- a) descrição do tipo penal (preceitos primário e secundário);
- b) bem jurídico tutelado (objetividade do delito);
- c) tipo penal objetivo (elementos e alcance do tipo penal);
- d) sujeitos do crime (ativo e passivo);
- e) consumação (momento do crime);
- f) observações importantes (nuances e especificidades do delito); e
- g) pena (causas de aumento, efeitos e prescrição).

Dessa forma, os mencionados tópicos poderão trazer informações essenciais para a efetiva compreensão de cada tipo penal, além do entendimento doutrinário e jurisprudencial em determinados assuntos.

Não é demais destacar a importância de se definir em cada tipo penal a classificação de crime comum, próprio ou de mão própria, pois indicará o sujeito responsável pela prática da conduta criminosa.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

Crimes comuns são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa. Ou seja, não exigem qualidade especial para o sujeito ativo, como no homicídio, no furto, nos crimes contra a honra, etc.⁵⁶

Crimes próprios ou especiais podem ser entendidos como aqueles em que o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica diferenciada por parte do sujeito ativo. Exemplos: peculato (só pode ser praticado por funcionário público) e receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial ou industrial, delito previsto no art. 180, §1º, do Código Penal, que admitem coautoria e participação.

Já os crimes de mão-própria podem ser definidos como aqueles que somente podem ser praticados pela pessoa expressamente indicada no tipo penal. É o caso do falso testemunho.⁵⁷

Faz-se necessário também destacar a classificação quanto ao crime material, formal e de mera conduta, pois definirá o momento em que ocorrerá a conduta criminosa e a incidência da responsabilização do sujeito ativo.

Crimes materiais ou causais são aqueles em que o tipo penal aloja em seu interior uma conduta e um resultado naturalístico, sendo a ocorrência deste último necessária para a consumação do delito. É o caso do homicídio.

Já os crimes formais ou de consumação antecipada são aqueles que contém em seu boje uma conduta e um resultado naturalístico, mas este último é desnecessário para a consumação do delito, ou seja, o crime estará consumado com a mera prática da conduta.

O crime de mera conduta é aquele em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico, razão pela qual jamais poderá ser verificado. É o caso do ato obsceno.⁵⁸

Após essa breve explanação, a seguir será detalhado cada tipo penal previsto na Lei de Licitações.

⁵⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 188.

⁵⁷ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 188.

⁵⁸ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 188.

3. DOS TIPOS PENAIS DA LEI DE LICITAÇÕES

Neste capítulo, serão abordados os crimes em espécie na Lei de Licitação. Esses crimes estão distribuídos entre os artigos 89 e 98 e se consubstanciam em 10 (dez) tipos penais:

- a) art. 89 – dispensa e inexigibilidade fora das hipóteses legais;
- b) art. 90 – fraude ao caráter competitivo;
- c) art. 91 – patrocínio de interesse privado;
- d) art. 92 – modificação contratual fora das hipóteses legais e preterição de pagamento;
- e) art. 93 – impedimento, perturbação ou fraude a procedimento licitatório;
- f) art. 94 – devassar sigilo de proposta;
- g) art. 95 – afastamento de licitante;
- h) art. 96 – fraude em prejuízo da Fazenda Pública;
- i) art. 97 – admitir pessoa inidônea; e
- j) art. 98 – impedimento de inscrição em registros cadastrais.

3.1. Da dispensa e da inexigibilidade fora das hipóteses legais

O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 assim é definido:

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.

Inicialmente, convém ressaltar que as condutas descritas nesse tipo penal são dignas de mérito, porém, a técnica legislativa deixou a desejar, considerando que há, no mínimo, três condutas que poderiam ter sido descritas em tipos autônomos.

O tipo em análise, incluindo o seu parágrafo, se caracteriza por:

- a) dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais;
- b) deixar de observar as formalidades pertinentes; e
- c) concorrer para a ilegalidade, beneficiando-se da dispensa ou da inexigibilidade para celebrar contrato.

Verifica-se que o bem jurídico imediato protegido é a moralidade administrativa, mas como pano de fundo a legislação visa garantir a excepcionalidade das contratações diretas, estas entendidas como dispensa e inexigibilidade de licitação.

Ou seja, pretende proteger a obrigatoriedade de licitar como a regra geral, cumprindo o mandamento constitucional previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

O tipo penal prevê, na primeira parte, a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais ou de descumprir suas formalidades.

Sabe-se que os casos de dispensa de licitação estão previstos de forma taxativa nos §§2º e 4º do art. 17, bem como nos incisos do art. 24. Já os casos de inexigibilidade encontram-se no *caput* e nos incisos do art. 25, porém não de forma taxativa.

Quando às formalidades para as contratações diretas, deve-se observar primeiramente o art. 26, que exige, em síntese:

- a) justificativa da contratação direta;
- b) comunicação em 3 (três) dias à autoridade superior para a ratificação do ato; e
- c) publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias.

Além das mencionadas formalidades, o parágrafo único do art. 26 exige, quando couber, ainda:

- a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- b) razão da escolha do fornecedor ou executante;

- c) justificativa do preço;
- d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Nesse ponto, cabe consignar que tanto os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação como suas formalidades legais podem estar previstos em outras legislações.

Não é demais ressaltar que existem outras formalidades obrigatórias em processos licitatórios (plano de trabalho, descrição detalhada, parecer jurídico, etc.), porém não são específicos para as contratações diretas.

Ou seja, o legislador teve o intuito de resguardar formalidades indispensáveis às contratações diretas ou, pelo menos, aquelas em que a falta evidencie tamanha fragilidade que vulnere a obrigatoriedade de licitar.

Depreende-se, portanto, que o descumprimento dessas formalidades gerais não tipifica a conduta em estudo, uma vez que a exigência do tipo penal em análise restringiu as formalidades “**pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade**”.

Porém, o descumprimento dessas formalidades gerais não eximirá o agente de apuração de conduta e aplicação de eventuais sanções em outras esferas do Direito.

O estudo sobre os sujeitos do crime torna-se importante na medida em que possibilita visualizar o verdadeiro autor do delito e identificar possíveis partícipes, além das pessoas ou do interesse a que essa conduta é direcionada.

a) Sujeito ativo:

Um dos pontos mais complexos desse tipo penal refere-se à sua classificação doutrinária quanto ao sujeito ativo, principalmente quanto à conduta prevista no *caput*.

A conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais ou o descumprimento de suas formalidades, sob o aspecto administrativista, só pode ser realizada por servidor que detenha a competência para tanto.

A competência para dispensar ou inexigir licitação é definida em normativo próprio no âmbito de cada órgão e, regra geral, recai na autoridade que recebe essa incumbência diretamente pela norma ou na que recebe a delegação para tanto.

Quanto à delegação, regra geral, responde pela irregularidade o agente que pratica o ato.

O § 3º do art. 14 da Lei nº 9.784/1999 estabelece que:

[...] as decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.” O legislador acertou ao editar o referido parágrafo, uma vez que impor “ao administrador público onisciência e onipresença em nível de supervisão é, claramente, inatingível ao ser humano.⁵⁹

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União – TCU possui o entendimento de que a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta. Isso porque, “do contrário, inviabiliza-se o próprio instituto da delegação e cai por terra o objetivo pretendido por ele”.⁶⁰

Outro julgado do TCU é rememorado com frequência pelos juristas, por tratar com clareza sobre a responsabilidade da delegação de competência:

[...] Como se vê, não remanesce a responsabilidade do delegante quanto aos atos praticados pelo delegado, salvo pela parcela cuja concessão não podia ignorar, ou seja, exceto pela responsabilidade advinda da supervisão dos atos dos subordinados inerentes ao controle e ao poder hierárquico. Nesse sentido, complementa Lafayette Pondé: Na relação que se estabelece entre delegante e delegado enquanto dura a delegação, o primeiro exerce sobre o segundo um poder de controle, quando com essa relação coincida uma relação hierárquica. Esse controle é inerente ao poder hierárquico e a ele aplicam-se os princípios que regem este poder [...]

[...] Assim, o que se tem de avaliar é quais atos dos subordinados devem obrigatoriamente ser supervisionados e controlados pelo superior hierárquico, visto que se tal supervisão fosse irrestrita, a delegação de competência perderia, por completo, seu sentido. Essa avaliação somente pode ser realizada caso a caso, levando-se em conta aspectos de materialidade, amplitude e diversidade das funções do órgão, grau de

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 022.255/2007-3. Acórdão nº 7.591/2015 – 1ª Câmara. Relator: ministro José Múcio Monteiro. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 575.236/1998-1. Acórdão nº 2.300/2013 — Plenário. Relatora: ministra Ana Arraes. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

proximidade do ato com suas atividades-fim, dentre outros inerentes à especificidade de cada caso.

[...] Cumpre frisar que a isenção de responsabilidade do delegante pelos atos praticados pelo delegado nunca pode ser tomada como regra geral, de forma absoluta, devendo sempre ser ponderada e relativizada em cada caso concreto.⁶¹

Corroborar esse entendimento o previsto na Súmula nº 510 do STF: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, **contra ela** cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

Ultrapassada a questão da competência administrativa, o assunto torna-se complexo quando o servidor que pratica o ato não tem a competência para tanto, muito comum na praxe administrativa, principalmente em órgãos públicos que não têm estrutura e competências bem delineadas pela norma.

É comum a prática de atos por servidores ou agentes incompetentes, inclusive particulares exercendo funções públicas (terceirizados), na instrução de processos licitatórios, até mesmo naqueles de contratações diretas. É sobre a responsabilidade desses agentes que a classificação doutrinária sobre o sujeito ativo ganha importância.

Para Diógenes Gasparini, só responderá como autor desse crime a autoridade que detenha a competência para a prática do ato, conforme trecho retirado de sua obra:

No entanto, não é qualquer servidor público, mas somente o competente para declarar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação ou o que, também competente, não observar as formalidades desses procedimentos, consoante exigido pelo art. 26 da Lei Federal Licitatória.⁶²

Mais a frente, o referido doutrinador admite a possibilidade de participação de outros agentes públicos, como é o caso da autoridade superior que ratifica a dispensa ou a inexigibilidade da licitação ou do assessor jurídico que oferece parecer concluindo pela legalidade de uma ou outra dessas situações.

Em outra perspectiva, Rogério Greco entende que a autoria pode ser tanto do agente competente como do incompetente:

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 005.147/95-6. Acórdão nº 66/1998 – Plenário. Relator: ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

⁶² GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 92.

Situação peculiar seria a do administrador que, não sendo competente para tal, decreta a dispensa ou a inexigibilidade em caso, em tese, adequado. Ocorre, na hipótese, o crime porque, havendo incompetência da autoridade, também há ilegalidade na dispensa.⁶³

O referido autor admite também a possibilidade de participação, citando, como exemplo, a autoridade que dá os fundamentos para a contratação direta fora das hipóteses legais ou a autoridade superior que a ratifica.

Já André Guilherme Tavares de Freitas explana que:

Apesar de entendermos que o servidor incompetente (sem atribuição) também pode praticar este crime, discordamos do argumento empossado por Greco Filho, tendo em vista que a incompetência do funcionário para a prática do ato observado não pode servir, por si só, para a configuração do crime, sob pena de estarmos emprestando uma leitura meramente causalista ao tipo penal em espécie, considerando, simplesmente, a mera causação mecânica do resultado, olvidando a finalidade (dolo) do agente ao praticar a conduta.⁶⁴

Ou seja, Tavares de Freitas também entente que a autoridade incompetente poderá ser a autora desse crime, reforçando a necessidade da existência do dolo na conduta.

Dependendo do posicionamento adotado, o crime em análise poderá ser definido como crime próprio (qualquer servidor público) ou de mão-própria (apenas o servidor competente)⁶⁵.

Quanto à classificação doutrinária, registra-se, ainda, a existência da especificação dos crimes próprios com estrutura inversa, inaplicável aos crimes previstos na Lei de Licitação, considerando a previsão restritiva do conceito de servidor público trazida no art. 84, §1º, da Lei nº 8.666/1993:

⁶³ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

⁶⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 46.

⁶⁵ Na definição dada por Cleber Masson: “**Crimes próprios** ou **especiais**: são aqueles em que o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica diferenciado por parte do sujeito ativo. Exemplos: peculato (só pode ser praticado por funcionário público) e receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial ou industrial, delito previsto no art. 180, §1º, do Código Penal (só pode ser praticado pelo comerciante ou industrial). Admitem coautoria e participação. [...] **Crimes de mão própria, de atuação pessoal** ou de **conduta infungível**: são aqueles que somente podem ser praticados pela pessoa expressamente indicada no tipo penal. É o caso do falso testemunho (CP, art. 342)”.

Os delitos funcionais dispõem, entretanto, entre os crimes próprios, de uma característica de todo particular. Neles, a qualificação subjetiva não precede o fato, mas deriva do sujeito por uma atividade que ele exercita no momento do fato. [...] Em outras palavras: o prius lógico dos crimes funcionais é que o sujeito, na situação concreta, esteja exercitando uma função pública. Desse dado de fato deriva a qualificação de funcionário público, necessária à configuração dos crimes. Logo, os delitos funcionais podem ser classificados como ‘delitos próprios com estrutura inversa’, no sentido de que é necessário indagar sobre o fato antes de concluir que a qualificação subjetiva de funcionário público subsista realmente.⁶⁶

A escolha de uma das classificações acima terá repercussão direta na indicação do autor ou do partícipe no delito em estudo.

Não é demais ressaltar que André Guilherme Tavares de Freitas defende a classificação desse tipo como crime de mão-própria e vai mais além, defende a possibilidade de coautoria para essa espécie de crime nas seguintes situações:

- a) para a autoridade que ratifica a decisão, considerando que a ratificação é um ato composto e sua prática condiciona a validade do ato; ou
- b) na situação de autor intelectual ou funcional, como se observa quando, dolosamente, há a orientação para o agente público praticar o ato de dispensa ou inexigibilidade, em ambos os casos com a necessidade de existência de liame subjetivo.

Ainda que haja divergência sobre a possibilidade ou não de coautoria em crimes de mão própria, entende-se que o crime em questão trata-se, tão somente, de crime próprio (servidor público), alinhando-se à abalizada doutrina que entende pela impossibilidade de coautoria nos crimes de mão-própria⁶⁷.

Para essa premissa, há justificativa, considerando que o próprio legislador, no parágrafo único do artigo 89, considerou também como autor do crime em comento aquele

⁶⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 188. apud PAGLIARO, Antonio; e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

⁶⁷ “Tais crimes não admitem coautoria, mas somente participação, eis que a lei não permite delegar a execução do crime a terceira pessoa. No caso do falso testemunho, o advogado do réu pode, por exemplo, induzir, instigar ou auxiliar a testemunha a faltar com a verdade, mas jamais poderá, em juízo, mentir em seu lugar ou juntamente com ela”. MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 189.

que concorre para a ilegalidade, beneficiando-se da dispensa ou da inexigibilidade para celebrar contrato, incluindo, portanto, particulares.

Seria demasiado incluir como autores desse tipo penal particulares, na condição do parágrafo único, e excluir o servidor público incompetente que pratica o ato.

Acredita-se que essa extensão ao servidor público incompetente está positivada no próprio *caput* e não no parágrafo único, que é mais restritivo, como será adiante analisado.

Nesse contexto, vale ressaltar a necessidade de se interpretar esse tipo penal, visando trazer proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, sem ultrapassar a legalidade, considerando que o servidor público, competente ou incompetente, deve realizar o núcleo do tipo (dispensar, inexigir ou descumprir formalidades).

Já para o servidor que não realiza o núcleo do tipo, mas concorre para a prática do delito, assim como a autoridade que elabora os fundamentos para a contratação direta, a participação deve ser reconhecida quando existente o liame subjetivo.

Quanto à autoridade que ratifica o ato, entende-se que esta poderá responder como autor, apenas porque o ato de ratificação traduz-se como um ato composto, ou seja, faz parte da conduta de dispensar ou inexigir⁶⁸.

Assim, na adoção da classificação de crime próprio, pode-se identificar a ocorrência das seguintes situações:

- a) servidor competente que realiza o núcleo do tipo (poderá responder como autor);
- b) servidor incompetente que realiza o núcleo do tipo (poderá responder como autor);
- c) servidor competente ou incompetente que ratifica o ato – realiza o núcleo do tipo (poderá responder como autor)⁶⁹;

⁶⁸ Ato composto é aquele cujo conteúdo resulta da manifestação de um só órgão, mas a sua edição ou a produção de seus efeitos depende de um outro ato que o aprove. A função desse outro ato é meramente instrumental: autorizar a prática do ato principal, ou conferir eficácia a este. O ato acessório ou instrumental em nada altera o conteúdo do ato principal. PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 18 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 421.

⁶⁹ Entende-se que responderá como autor por ter realizado o núcleo do tipo, considerando que a ratificação é um ato composto, ou seja, faz parte do ato de dispensar ou inexigir licitação.

- d) servidor que apresenta os fundamentos para a prática do ato – não realiza o núcleo do tipo (poderá responder como partícipe);
- e) servidor que emite o parecer jurídico – não realiza o núcleo do tipo⁷⁰ (poderá responder como partícipe, se existente dolo e liame subjetivo);e
- f) particular que realiza qualquer conduta listada acima⁷¹ (poderá responder como partícipe ou como autor nas condições do parágrafo único – mais restrito).

A previsão do parágrafo único estende a mesma pena do *caput*: “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

Nesse ponto, é relevante a crítica feita por André Guilherme Tavares ao explicar que o parágrafo único, de forma contrária ao que pareceu ser a intenção do legislador, limitou o âmbito de aplicação ao particular.⁷²

O legislador, ao prever a concorrência apenas daquele que se beneficiar do ato para celebrar contrato, trouxe como elemento essencial do tipo a celebração do contrato, afastando a consumação do delito quando não ocorra tal celebração⁷³.

Nesse sentido, entende-se como desnecessária a previsão do parágrafo único, pois, de acordo com os arts. 12 e 29 do CP, de qualquer forma, o particular concorreria para o crime na medida da sua culpabilidade, uma vez que a classificação defendida é de crime próprio, que admite participação.

Percebe-se, no entanto, que, ao mesmo tempo que o legislador possibilitou a criminalização do particular, restringiu a sua conduta às situações em que haja a celebração do contrato, o que não ocorre no *caput* do art. 89.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq n° 2482/MG — Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgado em: 15 de setembro de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 30 ago. 2016.

⁷¹ Entende-se que o particular não pode ser equiparado a servidor público no âmbito dos crimes da Lei de Licitação, por expressa previsão legal que limitou o conceito no art. 84, §1º, da Lei n° 8.666/1993 – ver tópico 5.3.

⁷² FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 74.

⁷³ André Guilherme entende que tal previsão, trata-se, na realidade, de condição objetiva de punibilidade. FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 78.

b) Sujeito passivo:

O sujeito passivo será a Administração Pública, especificamente uma das pessoas indicadas no art. 85 da Lei de Licitação.

Como ressalta Jessé Pereira Torres Jr., também podem ser considerados sujeitos passivos do delito em foco os participantes lesados com a conduta, ainda que de forma reflexa.

A proteção trazida por esse tipo penal é da obrigatoriedade, como regra geral, da realização de licitação no caso concreto, o que reforça a classificação doutrinária de crime formal, ou seja, que não depende de resultado material.

A consumação ocorrerá então no momento da publicação do ato da dispensa ou da inexigibilidade, incluindo as eventuais formalidades que se deixou de observar. Nesse interregno, portanto, o agente poderá empreender as providências necessárias para suprir a omissão e impedir que o fato típico se realize⁷⁴.

A exceção refere-se ao parágrafo único do artigo em tela, considerando que exige o resultado material, qual seja: a vantagem com a celebração do contrato.

Não é demais ressaltar que, havendo superfaturamento, o agente poderá responder também pelo dano causado na seara cível⁷⁵. Nesse caso, não poderá ser aplicado o art. 96, considerando que o próprio tipo penal do art. 96 excepcionou a sua aplicabilidade a “licitação instaurada”.

Inicialmente, verifica-se que o tipo penal em análise trata-se de uma norma penal em branco, considerando que os casos de dispensa, inexigibilidade e formalidades estão previstos em outro dispositivo legal.

Trata-se de uma norma penal em branco homogênea, já que o seu complemento encontra-se na própria Lei nº 8.666/1993 (lei ordinária).

⁷⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 73.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Art. 25, §2º.

Quanto à prática desse crime, verifica-se a possibilidade de sua ocorrência ainda quando as formalidades ou os atos de dispensar e inexigir ocorram em uma aparente realidade, porém a situação que fundamentou o ato não.

Convém destacar situação peculiar na realização de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Cita-se, como exemplo, o sujeito que diante de situação não calamitosa ou sem o estado de necessidade instrui procedimento de dispensa de licitação. Ou seja, o fato não se enquadra na justificativa utilizada pelo agente.

Não é demais alertar também que a referida conduta tem previsão na Lei nº 8.429/1992 como ato de improbidade administrativa, especificamente de prejuízo ao erário:

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

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente.

Em razão da independência das instâncias, não há prejuízo da responsabilização no âmbito criminal, no âmbito cível (por exemplo, improbidade administrativa) e no âmbito administrativo, por meio de sanção administrativa.⁷⁶

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de dezembro de 1990, republicado em 18 mar. 1998. Art. 132.

A pena prevista para o crime em questão está definida entre 3 a 5 anos de detenção, aplicada cumulativamente com a multa.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Verifica-se também que não cabe a suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 3 (três) anos e a exigência para tal benefício é de pena mínima igual ou inferior a 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, é inaplicável o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, bem como o da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexo funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexo funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 12 (doze) anos, nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal.

3.2. Da frustração do caráter competitivo

O tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993 assim define a conduta típica:

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

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Inicialmente, cumpre destacar que parte do tipo penal em tela se encontrava no art. 335 do Código Penal, porém, conforme comentado em tópico específico, o mencionado dispositivo do Código Penal foi revogado tacitamente pelo tipo penal do art. 93 da Lei de Licitação.

O bem jurídico tutelado nesse tipo penal também é a moralidade, sob o aspecto da igualdade e da competitividade, que devem nortear o certame.⁷⁷

O princípio da igualdade está previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 como norteador da atividade administrativa.

Nesse contexto, observa-se que o legislador teve o intuito de proteger o andamento do procedimento licitatório e não somente o seu resultado.

Observa-se que o legislador previu como núcleos do tipo em estudo “frustrar” ou “fraudar” o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Frustrar significa: privar, iludir ou deixar sem resultado⁷⁸. Fraudar significa: enganar, burlar ou cometer fraude contra⁷⁹.

O meio que o sujeito ativo pode utilizar para frustrar ou fraudar o caráter competitivo é amplo, considerando que o legislador erigiu a conduta de ajustar, combinar ou utilizar “qualquer outro expediente”.

Assim, observa-se que o sujeito ativo pode utilizar-se de previsões no edital com caráter restritivo, o que é rechaçado pelo art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

⁷⁸ DICIONÁRIO Priberam. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/devassar>> Acesso em: 14 jun. 2016.

⁷⁹ DICIONÁRIO Priberam. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/fraudar>> Acesso em: 14 jun. 2016.

preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 tomou o cuidado de tratar da indicação de requisitos específicos, seja marca ou tecnologia, e em até mais de uma oportunidade, conforme a seguir transcrito:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:
[...] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Mais adiante, ao cuidar das compras, novamente enfocou o tema, pois o art. 14 exige a descrição objetiva dos itens que serão comprados, mas o inciso I, do § 7º, do art. 15 exige que isso seja feito sem indicação de marca:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
[...]
§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:
I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

O TCU⁸⁰ já consolidou entendimento no sentido de que previsões que limitem indevidamente a competitividade são ilegais, conforme excerto a seguir exposto:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 17, inciso IV; 143, inciso III; 235, 237, inciso VI, e 250, inciso I, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em:

a) conhecer da presente representação, eis que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

[...]

b.2) exigência de que os equipamentos de videoconferência licitados por meio de lotes fossem todos de uma mesma marca, sem justificativa cabível e fundamentada, em desconformidade com o disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993;

b.3) ausência de comprovação da realização de estudos técnicos preliminares para a definição das especificações técnicas dos equipamentos de videoconferência a serem licitados, o que impede tanto a identificação das reais necessidades da instituição quanto dificulta a análise de eventual

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 005.402/2014. Acórdão nº 2.053/2014 — Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 ago. 2014.

restrição à competitividade dos certames, em desacordo com o previsto nos arts. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/1993, e 9º ao 13, da IN SLTI/MP 4/2010;⁸¹

Ou seja, toda limitação deve estar devidamente justificada nos autos do processo, sob pena de o agente responder, inclusive, pelo tipo penal em análise, caso comprovado o dolo na conduta do sujeito.

a) Sujeito ativo:

Em relação ao sujeito ativo, existe divergência doutrinária quanto ao fato de o crime em questão ser próprio ou comum.

Diógenes Gasparini e Greco Filho defendem que o tipo penal em estudo trata-se de crime próprio.

Em sentido contrário, entendem ser crime comum Jessé Pereira Torres e André Guilherme Tavares.

Neste trabalho, adota-se a posição defendida por Jessé Pereira Torres e André Guilherme Tavares, uma vez que, pela interpretação do tipo penal em tela, não há exigência de qualidade especial do agente para a prática da conduta típica.

Os que fundamentam ser crime próprio entendem que o delito só poder ser praticado por concorrente que frustra ou frauda o procedimento licitatório.

Observa-se possível, no entanto, que determinada pessoa, sem participação direta no certame, também pode praticar esse delito. Cita-se, como exemplo, licitante não participante do certame, mas que tenha interesse de que seu parceiro de negócios seja o vencedor da licitação e utiliza-se de meio eletrônico para interferir diretamente no certame.

Essa premissa demonstra-se verdadeira ao se considerar também o dolo específico trazido no tipo penal, ao prever: “obter para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 044.739/2012-5. Acórdão nº 1.335/2015 — Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jun. 2015.

b) Sujeito passivo:

O sujeito passivo nesse tipo penal é o próprio ente que realiza a licitação, além dos próprios licitantes que têm a isonomia ou a competitividade lesada.

Entende-se que a consumação ocorre no momento em que ocorre a fraude ou a frustração, sem a necessidade de dano⁸². Ou seja, trata-se de crime formal.

Explica-se: é louvável interpretar que o legislador preferiu realmente proteger o andamento do certame, já que de forma reflexa tutela-se a isonomia e a competitividade com esse tipo penal.

Contudo, não se deve omitir o entendimento de Diógenes Gasparini,⁸³ que entende de forma diversa, como crime de dano ou resultado.

A vantagem pretendida pelo sujeito ativo, em razão de não ter sido delimitada pelo tipo penal, poderá ser de qualquer natureza, ou seja, pecuniária, social, política e outras mais, não se restringindo à contratação em si⁸⁴.

Cumprido destacar que o crime em tela, além do dolo genérico, prevê o dolo específico, ao exigir o “intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

Difícilmente haverá no caso concreto o ajuste para frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório sem o intuito da vantagem.

Não é demais ressaltar a existência da Instrução Normativa nº 2/2009 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, que estabelece a obrigatoriedade de apresentação da declaração de elaboração independente de proposta, em procedimentos licitatórios, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

⁸² FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 86.

⁸³ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 97.

⁸⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 90.

A título de curiosidade, o Pregão Eletrônico, realizado por meio do sistema *compras governamentais*, do Governo Federal, traz essa opção eletrônica para o licitante marcar quando da sua participação no certame.

A prática desse crime, na maioria das vezes, tem conexão com outros tipos penais, como formação de quadrilha ou bando – art. 288 do CP —, peculato – art. 312 do CP —, estelionato – art. 171 do CP — e crime de cartel – art. 4º, inciso II, da Lei⁸⁵ nº 8.137/1990.

Sobre esse último, verificam-se alguns comportamentos que evidenciam a prática do cartel⁸⁶:

- a) ajuste do preço do produto ou do serviço que será oferecido ao mercado de consumo;
- b) fixação de cota de oferta ou produção de produto ou serviço;
- c) divisão do mercado por área ou grupos de consumidores;
- d) práticas orquestradas na atuação em licitações públicas.

A pena prevista para o crime em questão está definida entre 2 a 4 anos de detenção, aplicada cumulativamente com a multa.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Já o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, será inaplicável, uma vez que a pena mínima para esse crime supera 1 (um) ano.

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

⁸⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 96.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexo funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexo funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

3.3. Do patrocínio de interesse privado

A conduta descrita no tipo penal do art. 91 assim é definida:

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O bem jurídico tutelado é a moralidade administrativa e o bom funcionamento da Administração Pública, além de reforçar também o princípio constitucional da impessoalidade, que deve nortear a conduta do gestor público.

O tipo penal em análise traz hipótese específica do crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP), porém, pelo princípio da especialidade, quando a advocacia administrativa der “causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato” será aplicável o mencionado art. 91.

Para melhor visualização, segue tabela ilustrativa:

Art. 321 do CP	Art. 91 da Lei nº 8.666/1993
Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da	Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de

<p>qualidade de funcionário:</p> <p>Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.</p> <p>Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:</p> <p>Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.</p>	<p>licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>
--	--

Questão que suscita divergência doutrinária é a parte final do art. 91 em análise “cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”.

A divergência encontra respaldo em três vertentes:

- a) o legislador incluiu tal previsão como condição de procedibilidade e de ulterior punibilidade (Paulo José da Costa Junior);
- b) o legislador incluiu tal previsão como elementar do tipo (Vicente Greco e Jessé Torres Pereira Júnior);
- c) o legislador incluiu tal previsão como condição objetiva de punibilidade (Diógenes Gasparini e André Guilherme Tavares).

Sobre o assunto, tem-se o fundamento de André Guilherme Tavares:

Acreditamos que a política criminal que impulsionou o legislador ao criar esta norma penal foi a de condicionar a punição dessa conduta específica de advocacia administrativa à efetiva invalidação mencionada (invalidação que deverá ser judicial e não administrativa), que, por trazer maiores prejuízos à Administração Pública, deverá ser penalizada mais severamente. Não havendo invalidação judicial da licitação ou do contrato, restará ao agente a punição mais branda prevista no art. 321 do CP, no qual se tem um crime subsidiário (só aplicável quando não constatado um mais gravoso) perfeitamente aplicável à hipótese.⁸⁷

⁸⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 85.

a) Sujeito ativo:

Ainda que o crime em comento não tenha utilizado a expressão “valendo-se da qualidade de funcionário”, entende-se que se trata de crime próprio⁸⁸, exigindo-se a qualidade de servidor público para a prática do ato.

Essa premissa pode ser verificada quando um advogado peticiona junto à Administração algo em favor de seu cliente, acobertado pela garantia do livre exercício profissional. Porém, essa atuação não pode ser feita por alguém se valendo da qualidade de servidor público.

b) Sujeito passivo:

Será considerado sujeito passivo desse crime o ente no âmbito do qual o procedimento licitatório for instaurado ou o contrato celebrado.

Por tratar-se de crime material, haverá necessidade do resultado naturalístico para a consumação desse delito, qual seja: “instauração de licitação ou à celebração de contrato”.

Para os adeptos de que a previsão “cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário” é uma elementar do crime, a consumação ocorrerá quando houver essa invalidação.

A pena para o crime em estudo será de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e multa.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, cujo processamento ocorrerá nos termos da Lei nº 9.099/1995.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, uma vez que a pena mínima para esse crime é de 6 (seis) meses.

⁸⁸ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 98.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Assim, também será permitida a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, visto que a pena mínima para esse crime é inferior a 1 (um) ano.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexos funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexos funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal.

3.4. Da modificação contratual fora das hipóteses legais e da preterição de pagamento

A conduta descrita no tipo penal do art. 92 assim é definida:

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

O bem jurídico tutelado nesse tipo penal é a moralidade administrativa, especificamente o bom funcionamento da Administração Pública no que concerne à execução contratual.

Diretamente, observa-se também que o tipo penal em questão visa proteger a regular efetivação de despesas públicas, considerando a proteção contra indevidas alterações fora das hipóteses legais.

O tipo penal em questão aborda duas condutas distintas no mesmo artigo - art. 92 -, quais sejam:

- a) “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais”; e
- b) “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei”.

Convém destacar que a segunda conduta foi alterada pela Lei nº 8.883/1994, que modificou a parte final do texto para substituir a palavra “apresentação” pelo termo “exigibilidade”.

É bem verdade que a apresentação da fatura pelo contratado, por si só, não lhe garante a exigibilidade necessária, muito menos o pagamento, considerando a necessidade de verificação da efetiva e regular execução do objeto, consubstanciada no atesto da fatura pelo fiscal do contrato e eventuais autoridades que a norma exigir, antes de sua exigibilidade. Nesse sentido, pode-se concluir que foi bem recepcionada a referida alteração legislativa.

Em relação à primeira parte do tipo penal, observa-se que a conduta descrita exige qualidade especial do agente para tanto, porém não exige competência, conforme será adiante tratado em tópico específico.

As condutas que ensejam a modificação do contrato, regra geral, são formalizadas por meio de termo aditivo e estão elencadas no art. 65 da Lei nº 8.666/1993 e, quanto à prorrogação contratual, no art. 57 do mesmo dispositivo legal.

Não é demais ressaltar que a modificação poderá ocorrer também por meio de apostila, quando houver reajuste contratual (art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/1993) e quando houver

repactuação de preços da mão de obra, esta entendida como espécie de reajustamento de preços⁸⁹.

Quanto à segunda parte do artigo, é importante consignar que o termo fatura deve ser entendido nos termos do art. 63, *caput*, da Lei nº 4.320/1964, que trata sobre a liquidação de despesas, no seguinte sentido: “a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”.⁹⁰

a) Sujeito ativo:

O *caput* do artigo em estudo revela que a conduta em questão trata-se de crime próprio, uma vez que só poderá ser praticada por agente na qualidade especial de servidor público⁹¹, considerando que a conduta de admitir, possibilitar ou dar causa só pode ser realizada por agente estatal.

Sabe-se que os agentes que têm condições suficientes para influir na modificação contratual são aqueles que exercem suas funções com reflexos diretos no processo administrativo, tais como: fiscal do contrato, coordenador de setor requisitante, ordenador de despesa, assessor jurídico ou qualquer agente que tenha capacidade de ensejar a modificação ou impedi-la no processo.

Já o parágrafo único do mencionado artigo, permite a autoria por parte do contratado quando este concorre para a prática do ato e obtém vantagem indevida ou se beneficia injustamente, ampliando o aspecto de incidência desse tipo penal também para quem tem a qualidade especial de contratado, ou seja, aquele que possui vínculo contratual com o ente que realizou a licitação.

Nesse ponto, convém ressaltar a crítica já exarada no tópico referente ao crime do art. 89, no qual o legislador, ao permitir a autoria por parte do contratado, limitou o âmbito de aplicação exigindo a obtenção da vantagem indevida.

⁸⁹ Art. 37 e seguintes da Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG.

⁹⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 113.

⁹¹ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 106.

Cabe ressaltar que o mencionado parágrafo único se refere apenas à primeira parte do *caput*, quanto à segunda parte, “pagamento de fatura fora da ordem cronológica”, a responsabilidade penal do contratado ou do concorrente particular deverá ser avaliada na regra geral do art. 29 do Código Penal.

b) Sujeito passivo:

O tipo penal em questão revela a possibilidade da existência de dois sujeitos passivos.

O sujeito passivo da primeira parte do *caput* será o ente público listado no já comentado art. 85 da Lei nº 8.666/1993, assim também para o parágrafo único do mencionado artigo.

Já para a parte final do artigo em análise, a conduta de “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de apresentação” terá como sujeito passivo o particular que tiver seu pagamento preterido indevidamente.

Em relação à consumação do delito em estudo, há divergência doutrinária.

Segundo Vicente Greco Filho⁹², a consumação da conduta descrita na primeira parte do tipo penal ocorrerá com a modificação ou a prorrogação em favor do adjudicatário, sendo crime de resultado.

Aduz ainda o autor que, em relação à segunda parte, a consumação ocorrerá com o pagamento. Em ambos os casos se admitirá a tentativa.

Já para André Guilherme Tavares,⁹³ está-se diante de crime formal na primeira parte e crime material na segunda, tendo em vista que nesta exigir-se-á o efetivo pagamento, ambos possibilitam a tentativa.

Para Diógenes Gasparini⁹⁴, a primeira parte se consumará no momento da modificação do contrato, ou seja, na assinatura do aditamento contratual. Na segunda parte, quando for feito o pagamento, concluindo tratar-se de crime de perigo, sem a necessidade de ocorrência de qualquer prejuízo para a Administração.

⁹² GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32.

⁹³ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 114.

⁹⁴ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 110.

Verifica-se que realmente constata-se crime formal na primeira parte e crime material na segunda, tendo em vista que nesta exigir-se-á o efetivo pagamento, conforme expressamente previsto no tipo penal. Ambos possibilitam a tentativa.

Não é demais ressaltar que a primeira parte, que trata da modificação ou vantagem, inclusive prorrogação, ocorrerá no momento da assinatura do termo, seja aditivo contratual ou apostilamento, não se exigindo a publicação.

Já o pagamento ocorrerá com o depósito bancário e não simplesmente com a autorização, o que justifica se tratar de crime material.

É importante destacar que no *caput* do artigo 92 percebe-se que há um tipo penal alternativo na primeira parte, quando da previsão “admitir, possibilitar ou dar causa”, e cumulativo na parte que dispõe “pagar fatura com preterição de ordem cronológica de sua exigibilidade”, mesmo que no contexto do mesmo contrato.

O *caput* demonstra também tratar-se de um tipo penal em branco, especificamente quando previsto “sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais”.

A pena para o crime em estudo será de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexos funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexó funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal.

3.5. Do impedimento, da perturbação ou da fraude a procedimento licitatório

A conduta descrita no tipo penal do art. 93 assim é definida:

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Inicialmente, convém destacar, conforme já delineado em tópico específico, que o crime em análise revogou tacitamente o art. 335 do Código Penal. A mesma situação, porém, não ocorreu com o art. 358 do CP, uma vez que este se refere à arrematação judicial e não a procedimento licitatório.

Outra questão interessante é que a conduta em análise pode se adequar também ao já mencionado tipo penal do art. 90, aplicando-se esta no conflito aparente de norma, tendo em vista o princípio da subsidiariedade⁹⁵.

Importante lição é ressaltada na obra de André Guilherme Tavares:

Foi o Código francês o primeiro a incriminar a conduta, sob o *nomen juris de entraves a la liberté des enchères* (art. 412). De lá foi transportado para o direito italiano, que o acolheu no Código Zanardelli (art. 299) e no Código Rocco (arts. 353 e 354), onde o direito brasileiro foi inspirar-se.⁹⁶

Do bem jurídico O bem jurídico tutelado é a lisura do procedimento licitatório, além do regular funcionamento da Administração Pública.

⁹⁵ O Princípio da subsidiariedade deve ser aplicado quando duas leis penais tratam de estágios ou graus diversos de ofensa a um mesmo bem jurídico, de forma que a ofensa mais ampla e dotada de maior gravidade, descrita na lei primária, engloba a menos ampla, contida na subsidiária, ficando a aplicabilidade desta condicionada à não incidência da outra. MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 128.

⁹⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 116 apud Paulo José da Costa Jr (*Op. Cit.*, p.38)

A proteção em foco tutela ainda o patrimônio público, considerando que a conduta descrita pode repercutir no erário.

O tipo penal em foco prevê três elementares do tipo, impedir, perturbar ou fraudar, não sendo possível a imputação cumulativa, haja vista que se trata de tipo penal misto alternativo.

Impedir significa, em síntese, inviabilizar a prática de qualquer ato do procedimento licitatório. Cita-se como exemplo o agente que impede o acesso de eventuais concorrentes a uma sessão pública presencial, ensejando remarcação ou cancelamento do ato.

A conduta de perturbar significa atrapalhar de qualquer forma ato do procedimento licitatório. Tem-se como exemplo o agente que propositalmente dificulta o acesso de eventuais concorrentes à sessão pública, atrasando a prática do ato.

Já fraudar é ato de simular ou burlar o procedimento licitatório. Verifica-se a fraude quando o agente, por meio de artifício ou simulação, leva terceiro a erro. Cita-se o licitante que obtém vantagem utilizando programas robôs em pregões eletrônicos.

Não é demais ressaltar que, de acordo com o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993:

[...]o procedimento licitatório será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente.

a) Sujeito ativo:

Por tratar-se de crime comum, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do crime em análise, não excluindo, inclusive, eventuais servidores públicos.

b) Sujeito passivo:

Quanto ao sujeito passivo, vislumbra-se a possibilidade de qualquer das pessoas indicadas no art. 85 da Lei de Licitações.

Quanto à consumação do crime em análise, há necessidade de se verificar cada elemento do tipo para a definição.

O ato de impedir, por si só, logicamente exige que o ato do procedimento licitatório não seja praticado em virtude do impedimento, ou seja, trata-se de crime material.

Em outra visão, para o ato de perturbar, não haverá necessidade de resultado material (não realização do ato perturbador), ou seja, trata-se de crime formal. Nesse sentido, ainda que o ato seja realizado com a incidência da perturbação, já haverá a configuração do delito.

Esse também é o entendimento de André Guilherme Tavares, divergente de Greco Filho e Diógenes Gasparini, que entendem que se trata de crime material, ou seja, exigindo a ocorrência do ato de modo viciado ou defeituoso⁹⁷.

O ato de perturbar deve ser visto aqui como uma importunação do procedimento, considerando a relevância da licitação para a Administração Pública, sem que isso caracterize a ausência da tipicidade material do delito⁹⁸.

Quanto ao ato de fraudar, verifica-se também a necessidade de que o ato seja realizado de forma viciada para a configuração desse delito, ou seja, trata-se também, como no ato de impedir, de crime material.

Importante análise é trazida nas obras de André Guilherme Tavares de Freitas e de Greco Filho sobre a situação do agente que impede ou perturba o procedimento licitatório por meio de remédios legais, tais como recursos administrativos, mandados de segurança, etc.

Entende Greco que o tipo penal contém implicitamente como elemento normativo a realização da conduta “sem justa causa” ou “indevidamente”, ou seja, o exercício de garantias legais afastaria a tipicidade da conduta.⁹⁹

Por outro lado, André Guilherme visualiza nessa situação a aplicação da excludente de ilicitude do art.23, inciso III, do CP, quando do exercício regular de um direito (direito de

⁹⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 22; GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 30; GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

⁹⁸ Tipicidade material consiste na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2014, p. 224.

⁹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

ação), porém aceita o excesso previsto no art. 23, parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, diante da má-fé ou de pretensões manifestamente improcedentes¹⁰⁰.

Aqui, pode-se ir mais além, considerando tratar-se de matéria criminal, exigindo-se a condenação do agente, por litigância de má-fé, para a aplicação do mencionado parágrafo único (excesso na excludente).

A pena para o crime em estudo será de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e multa.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, cujo processamento ocorrerá nos termos da Lei nº 9.099/1995.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 6 (seis) meses.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Assim, também será permitida a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, considerando que a pena mínima para esse crime é inferior a 1 (um) ano.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexó funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexó funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 115.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal.

3.6. Da devassação de sigilo de proposta

A conduta descrita no tipo penal do art. 94 assim é definida:

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. Consoante já delineado em tópico específico, o tipo penal em questão revogou o art. 326 do Código Penal: “Art. 326 - Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. Pena - Detenção, de três meses a um ano, e multa.

Destaca-se que o legislador, com a criação do art. 94 em análise, ampliou o âmbito de incidência da conduta, que antes se limitava apenas à modalidade concorrência, incluindo todas as modalidades existentes, além de recrudescer a pena.

O bem jurídico tutelado nesse tipo penal também é o sigilo da proposta, garantindo a lisura e a regularidade do procedimento licitatório.

O sigilo da proposta está preconizado no art. 3º, §3º, da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...]
§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Nesse contexto, observa-se que o legislador teve o intuito de proteger o sigilo da proposta e garantir a regularidade do procedimento.

Ainda que o sigilo da proposta garanta vantagem econômica para a Administração, considerando que outro licitante não conheça a proposta e ofereça valor menor, o objetivo do tipo penal em análise é a igualdade entre os licitantes direcionada à moralidade¹⁰¹.

A conduta nuclear descrita no tipo é o verbo “devassar”, que significa invadir, espreitar, publicar, divulgar, ter vista.¹⁰²

Observa-se que o tipo penal não delimita ou exemplifica a forma de devassar, o que pressupõe que qualquer atitude que faça o agente descobrir o conteúdo da proposta tipifica a conduta em análise.

O segundo verbo nuclear do tipo é “proporcionar”, ou seja, tornar possível, fazer o caminho, e pode ser praticado por servidor público, seja da comissão ou do setor que mantém a guarda da proposta, seja de forma comissiva (entrega da proposta) ou omissiva (deixar de fechar o local), ambas dolosamente.

Não é demais ressaltar que o tipo penal visa resguardar a proposta, ou seja, aquela que será apresentada como oferta pelo licitante com o intuito da adjudicação do objeto a ser licitado. Assim, não serão consideradas propostas, para fim de aplicação do artigo em questão, meras cotações de preços direcionadas à Administração para instruir pesquisa de preços em procedimentos licitatórios¹⁰³.

a) Sujeito ativo:

A doutrina majoritária considera necessária a existência da qualidade especial do agente nesse tipo penal, tanto para o primeiro quanto para o segundo verbo, ou seja, deve ser praticado por servidor público, sendo crime próprio.

Por outro lado, importante observação é feita por André Guilherme Tavares, ao considerar a conduta “devassar o sigilo” como crime comum, podendo ser praticada por qualquer pessoa.

¹⁰¹ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 122.

¹⁰² DICIONÁRIO Priberam. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/devassar>> Acesso em: 14 jun. 2016.

¹⁰³ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014. Dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral. Disponível em: <www.comprasgovernamentais.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

Dessa forma, verifica-se que realmente a primeira conduta pode ser praticada por qualquer pessoa, não se exigindo do agente ser servidor público, diferentemente do que ocorre na conduta de “proporcionar a terceiro o ensejo de devassa-la”.

b) Sujeito passivo:

O sujeito passivo será o ente público listado no já comentado art. 85 da Lei nº 8.666/1993, bem como o concorrente que tiver sua participação prejudicada em função da prática desse tipo penal, inclusive aquele que teve a proposta devassada.

A análise da consumação deve ser realizada separadamente em relação a cada verbo do tipo.

A conduta de devassar será consumada no momento em que o agente tomar conhecimento do conteúdo da proposta, ou seja, trata-se de crime material que exige resultado naturalístico, qual seja: o conhecimento da proposta.

Já em relação à conduta de proporcionar, há divergência doutrinária. Consoante entendimento esposado por André Guilherme Tavares, o resultado naturalístico (conhecimento da proposta por terceiro) não é exigido, ou seja, trata-se de crime formal.

Não é demais consignar entendimento diverso de Diógenes Gasparini, que entende que o crime se consuma “no momento que o terceiro conhece o conteúdo da proposta cujo devassamento foi-lhe proporcionado pelo servidor”, seguido também por Greco Filho.

Observa-se que o fim visado pelo tipo penal em questão é resguardar o sigilo da proposta, tornando-se consumado, em ambos os elementos nucleares, no momento que ocorre a devassa.

Ou seja, caso o servidor proporcione a terceiro a oportunidade de devassar a proposta, mas este não o faz, vislumbra-se, apenas, a tentativa e não a consumação.

Destaca-se que a conduta descrita no tipo penal, quando não se tratar de proposta, mas de documento sigiloso ou confidencial poderá ensejar a aplicação de outros tipos penais, tais como os dos arts. 151, 153, §1º-A, e 154, todos do Código Penal.

Observa-se também que caso a conduta do agente que, ao devassar a proposta, frustrar o procedimento licitatório ou caso os licitantes revelem, entre si, o conteúdo devassado, poderão responder pelo já analisado art. 90, conforme explana Diógenes Gasparini:

Para os fins desse dispositivo legal é irrelevante saber se houve ou não dano à Administração Pública, se o servidor ou o terceiro que recebeu a facilitação para o devassamento do sigilo da proposta conheceram efetivamente seu conteúdo e se o conteúdo da proposta devassada foi ou não divulgado, pois o crime configura-se como o simples devassar o sigilo da proposta ou como o mero proporcionar oportunidade a seu devassamento por terceiro. Nada mais é exigido. Atente-se que se os proponentes do procedimento licitatório revelarem, entre si, o conteúdo das respectivas propostas, não cometem o crime do preceito legal que se comenta, mas o crime do art. 90, pois restará frustrado o caráter competitivo da licitação.¹⁰⁴

Quanto à possibilidade da existência de concurso material do tipo em análise com outros crimes, convém consignar os delitos de corrupção passiva, prevaricação e corrupção, previstos respectivamente nos artigos 317, 319 e 333 do Código Penal.

Em relação ao delito do art. 305 do CP (supressão de documento), caso este tenha sido praticado para a devassa da proposta, será absorvido pelo crime fim do art. 94 como *ante factum* impunível. Assim também entende André Guilherme Tavares, de forma contrária a Greco Filho.

A pena para o crime em estudo será de 2 (dois) a 3 (três) anos de detenção e multa.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

¹⁰⁴ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, pág. 46.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexo funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexo funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

3.7. Do afastamento de licitante por meio de violência e outros

A conduta descrita no tipo penal do art. 95 assim é definida:

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Inicialmente, convém destacar que o tipo penal em questão revogou o art. 335 do CP:

Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

Percebe-se também que o novo tipo penal recrudesciu a pena anterior.

Por outro lado, o tipo penal em comento não revogou o art. 358 do CP, tendo em vista que este visa resguardar a arrematação judicial, não havendo, por conseguinte, disciplina desse instituto na Lei de Licitações.

No mesmo sentido do artigo anterior, o bem jurídico tutelado nesse tipo penal também é a lisura e a regularidade do procedimento licitatório, sob o aspecto da competitividade.

Quanto ao tipo penal objetivo, deve-se verificar a extensão dos verbos nucleares “afastar” e “procurar afastar”, além das elementares “licitante”, “violência”, “grave ameaça”, “fraude” e “oferecimento de vantagem de qualquer tipo”.

Em relação ao verbo afastar, este deve ser entendido sob o aspecto de retirar, apartar, distanciar, já o segundo, deve ser observado sob o aspecto do intento, ou seja, ainda que o afastamento não ocorra efetivamente, haverá a tipificação do delito.

Quanto à expressão licitante, há divergência doutrinária. Alguns doutrinadores¹⁰⁵ entendem que a expressão engloba, inclusive, aqueles que não participam efetivamente da licitação, mas que eventualmente sejam impedidos de participar (potenciais participantes).

Por outro lado, há quem defenda que licitante é somente o participante efetivo do procedimento, ou seja, alguém que já apresentou os invólucros, contendo os documentos de habilitação e a proposta, que, em tese, dele não pode desistir¹⁰⁶.

Não é demais ressaltar que o revogado art. 335 do CP fazia a menção a “concorrente ou licitante”, demonstrando que o legislador concedeu a opção de se utilizar nomenclatura mais ampla quando necessário.

No vertente caso, a interpretação restritiva do termo licitante, sendo apenas o participante efetivo, prestigia o princípio da legalidade estrita que vige no Direito Penal em matéria de incriminação.

Coaduna-se melhor a premissa acima considerando que a interpretação mais restritiva não exclui a conduta do agente que afasta eventual concorrente ou potencial licitante do campo do Direito Penal, pois nesse caso haverá a incidência do art. 90, já tratado em tópico específico, que impõe pena ainda mais rigorosa (detenção de 2 a 4 anos e multa).

¹⁰⁵ A essa corrente filia-se Greco Filho. GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

¹⁰⁶ A essa corrente filiam-se Diógenes Gasparini e André Guilherme Tavares. GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 55; FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 115.

De acordo com as modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/1993, regra geral, o momento de o licitante apresentar sua proposta é na data definida em edital para a sessão pública da disputa, na qual deverá o licitante apresentar, em envelopes distintos, mas apresentados concomitantemente, a proposta e os documentos de habilitação, na ordem disposta no art. 43 do mencionado dispositivo legal.

Cabe ressaltar que, em relação ao pregão, haverá a ordem de apresentação da documentação, iniciando-se pela proposta e somente após a aceitação desta haverá a fase da habilitação.

Em relação ao pregão eletrônico, que deverá ser utilizado preferencialmente em objetos comuns, o tipo penal terá incidência a partir do momento que o licitante cadastra a sua proposta no portal eletrônico¹⁰⁷, data esta definida em edital, até a data prevista para a abertura da sessão pública.

Assim, entende-se que haverá a incidência do tipo penal somente a partir do momento que o licitante cadastra a sua proposta no portal eletrônico até o momento da fase de habilitação, tendo em vista que a partir desse momento não mais haverá necessidade do sigilo da proposta, pois todos os licitantes já cadastraram suas propostas e participaram da fase de lances, não havendo mais prejuízo em relação à divulgação da proposta, que deve, inclusive, estar anexada ao processo licitatório¹⁰⁸ e ser pública a qualquer interessado.

Em relação à “violência”, “grave ameaça”, “fraude” e ao “oferecimento de vantagem de qualquer tipo” são os meios previstos para afastar ou procurar afastar o licitante. Violência refere-se à conduta física, ou seja, o agente utiliza-se do emprego da força, vias de fato, do homicídio ou do sequestro e necessariamente deve ser contra a pessoa humana, pois caso seja contra coisa não haverá o crime em análise, mas poderá haver, portanto, a incidência do art. 93, já mencionado.

¹⁰⁷ O portal eletrônico utilizado pela Administração Pública Federal é o Compras Governamentais, antigo *comprasnet*, e pode ser acessado por qualquer cidadão no endereço: www.comprasgovernamentais.gov.br.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem [...]

Grave ameaça é a violência moral, ou seja, aquela que não chega a ter contato físico, mas traz a promessa da ocorrência de um mal. Quanto à possibilidade de ser um mal injusto ou justo (por exemplo, ameaça de protestar um título creditício caso o licitante não se afaste do certame), há divergência doutrinária.

Há quem defenda a possibilidade de apenas ser um mal injusto¹⁰⁹ e quem defenda a possibilidade de ser tanto mal injusto como justo¹¹⁰, sendo esta a que aparenta ser a mais adequada ao tipo penal, que visa, precipuamente, resguardar a lisura sob o aspecto da competitividade. Assim, sendo o mal, injusto ou não, capaz de afetar o sigilo estará configurado o delito.

A fraude diz respeito a qualquer atitude artilosa praticada pelo agente, ou seja, qualquer meio idôneo de induzir a vítima a erro.

A vantagem, como o próprio tipo penal descreve, pode ser de “qualquer tipo”, ou seja, não precisa ser apenas vantagem econômica, mas vantagem que seja capaz de afastar o licitante, tais como favores sexuais, prestígio, nomeações, etc.

a) Sujeito ativo:

Quanto ao sujeito ativo, trata-se de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Não obstante, visualiza-se a possibilidade de a conduta também ser praticada por servidor público.

Nesse sentido, tem-se exemplo trazido na obra de Greco Filho¹¹¹, que cita o caso de edital publicado com o endereço de entrega das propostas errado quanto ao número do prédio, tendo sido corrigido posteriormente com letras minúsculas e perdidas no Diário Oficial, afastando licitantes que não conseguiram localizar a repartição. Nesse caso, a prática do delito em análise ocorrerá por servidor público.

Destaca-se que esse tipo penal trouxe o parágrafo único para incluir como sujeito ativo (autor do crime) o agente que se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

¹⁰⁹ Diógenes Gasparini e Greco Filho, este exclui também o mal de menor importância, aquele que não suficiente para constranger.

¹¹⁰ Julio Fabrini Mirabete e André Guilherme Tavares defendem esse entendimento ao fazerem referência ao mal injusto do crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do CP.

¹¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

Ou seja, o licitante que se abstém ou desiste em virtude de violência, grave ameaça ou fraude, sem a vantagem oferecida não estará abarcado pelo tipo em questão.

Cabe ressaltar que o parágrafo único estabeleceu a possibilidade de o concorrente não licitante praticar o crime em questão, em razão da vantagem oferecida, de forma diversa do preconizado no *caput*, que expressamente previu a necessidade de ser licitante, tendo em vista que incluiu a conduta de se abster de licitar, ou seja, fase anterior ao oferecimento da proposta, conforme já tratado no tópico anterior.

Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade de ocorrência da seguinte situação: o agente que afasta um concorrente (não licitante) oferecendo-lhe vantagem responde pelo art. 90; e o concorrente (potencial) licitante que se abstém de enviar sua proposta e consequentemente de licitar responde pelo art. 95, na forma prevista no parágrafo único em análise.

b) Sujeito passivo:

O sujeito passivo será o ente público listado no já comentado art. 85 da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se a possibilidade de figurar como sujeito passivo desse crime o licitante que teve frustrada a sua participação no certame.

Tendo em vista tratar-se de crime formal, não haverá necessidade do prejuízo material à Administração para a consumação do delito, bastando apenas que o licitante seja afastado ou que o agente procure o afastar.

Sobre a conduta “procurar afastar”, o legislador erigiu a tentativa como um crime autônomo, ou seja, a conduta do agente de “procurar afastar” já consumará o crime em análise.

No mesmo sentido do art. 94, o tipo penal em análise está em relação de subsidiariedade ao art. 90 já comentado, tendo em vista que este é mais abrangente.

Não é demais ressaltar também a possibilidade de a conduta ser abrangida também pelos arts. 146 (constrangimento ilegal), 299 (falsidade ideológica) e 304 (uso de documento

falso), todos do CP, quando lhe faltar alguma elementar ou for crime meio para a prática de crime mais grave, salvo no que se refere à violência, tendo em vista que há essa ressalva no preceito secundário do tipo penal, ou seja, o legislador estipulou o concurso material (art. 69 do CP) quando da ocorrência da violência. Nesse sentido também entende André Guilherme Tavares.

A pena para o crime em estudo será de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa, além da pena correspondente à violência.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexo funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexo funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

3.8. Da fraude em prejuízo da Fazenda Pública

A conduta descrita no tipo penal do art. 96 assim é definida:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

- I - elevando arbitrariamente os preços;
 - II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
 - III - entregando uma mercadoria por outra;
 - IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
 - V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
- Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Ainda que possa haver semelhança entre as fraudes perpetradas nesse tipo penal e as previstas nos arts. 90, 93 e 95 já estudados, a finalidade do tipo em questão é diversa, pois prevê expressamente a necessidade da ocorrência de prejuízo material à Fazenda Pública.

Em outro ponto, observa-se a semelhança da conduta descrita no tipo em questão com os crimes contra a relação de consumo¹¹², porém, pelo princípio da especialidade, aplicar-se-á o tipo penal em tela aos procedimentos licitatórios.

O bem jurídico a ser tutelado com o tipo penal em análise é o erário, ou seja, o patrimônio das pessoas jurídicas descritas no art. 85 da Lei nº 8.666/1993.

Observa-se que a norma pretende resguardar a Administração Pública de eventuais prejuízos decorrentes de fraudes perpetradas com o intuito de lesar o patrimônio público.

O verbo nuclear do tipo em análise é “fraudar”, tendo sido estabelecidos, por meio de 5 (cinco) incisos, os meios de execução dessa fraude.

Fraudar significa enganar, induzir a erro ou manter a pessoa em erro. Nesse sentido, verifica-se que o tipo penal em questão é uma espécie do crime de estelionato, porém mais específico, porque é direcionado à Administração Pública.

Inicialmente, percebe-se que esse tipo penal só criminaliza a conduta praticada em licitação ou contratação referente ao objeto que tenha a previsão de aquisição de produtos, não se aplicando para licitações que tenham somente a prestação de serviços ou execução de obra.

¹¹² BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Art. 7º.

Nesse ponto, convém consignar que há entendimento de que a aplicação desse tipo exige que a licitação seja exclusivamente para aquisição de produto e não se aplica quando o procedimento for de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade)¹¹³.

Não obstante tal entendimento, não há previsão expressa dessa exclusividade, considerando ainda que, na prática, as licitações mesclam tanto serviço como aquisição, incidindo perfeitamente o tipo penal nesses procedimentos, assim também nas contratações diretas, desde que haja a subsunção do fato ao tipo penal.

É importante consignar, também, que o tipo penal em tela é classificado como misto cumulativo, ou seja, as várias condutas previstas nos incisos, ainda que praticadas no mesmo contexto fático, terão incidência cumulativa, ocorrendo como concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal.

No inciso I, a fraude consubstancia-se na elevação arbitrária dos preços dos produtos e estará configurada ainda que haja concordância do agente público, seja com liame subjetivo em lesar o erário ou em estado de necessidade deste, considerando situações excepcionais que o agente público se submete à vontade do fornecedor para evitar a paralisação de serviços fundamentais. A aplicação desse inciso poderá ocorrer tanto na realização do certame licitatório como na execução do contrato.

Quanto ao inciso II, a conduta será configurada no momento da venda, sendo esta considerada na tradição, que, normalmente, é realizada com a efetiva entrega do produto ou com a sua homologação (procedimento de testes, análises e aceite formal da administração). Em relação à amostra, esta também pode ser considerada, tendo em vista que faz parte da venda e diretamente da proposta do licitante vencedor.

O inciso em tela tem afetação na qualidade do objeto (deteriorada) ou na originalidade do produto (falsificada), nesta sem a afetação da qualidade. Haverá incidência também de produto que transgrida direito autoral (marcas e patentes), também sem a afetação da qualidade, já que nesse caso haverá a incidência do inciso a seguir comentado.

Em relação ao inciso III, a conduta de entregar uma mercadoria em vez de outra deve ter afetação da qualidade para pior, ou seja, caso a qualidade seja igual ou superior, não

¹¹³ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 94.

haverá a tipificação desse delito. Não é demais ressaltar que entrega de produto falsificado também tipifica o crime previsto nesse inciso, porém deve haver, além da falsificação, a queda da qualidade, caso contrário, a conduta estará configurada no mencionado inciso II. A mesma consideração serve para o inciso IV quando se tratar do mesmo produto anteriormente ofertado.

Por fim, o inciso V, visto como uma cláusula final e genérica,¹¹⁴ abrange condutas não descritas taxativamente nos incisos anteriores, mas que também são consideradas crimes desde que onerem a proposta ou a execução do contrato, em uma interpretação analógica.

Não é demais ressaltar que a conduta do inciso V deve ser ilegal ou injusta, tendo em vista que há várias hipóteses legalmente previstas para que o licitante ou o contratado onere sua proposta ou a execução do contrato. Citam-se, como exemplos, os casos de repactuações e reajustes contratuais, além dos acréscimos.

Entende-se como injusta a conduta disfarçada de legalidade, mas que onera indevidamente a Administração sem justa causa (enriquecimento sem causa do contratado). Pode-se observar a conduta do contratado que dolosamente altera sua planilha de custos e formação de preços com o intuito de lesar o erário, sem motivo aparente ou por meio de erro material evidente.

É importante consignar os sujeitos ativo e passivo do crime em estudo, visando demonstrar o alcance da responsabilidade penal pretendida pelo legislador no tipo em estudo.

a) Sujeito ativo:

Inicialmente, convém destacar que habitualmente esse crime é praticado por contratados e licitantes, porém essa qualidade não é exigida no tipo penal, pois o legislador mencionou apenas o objeto contra o qual se dirige a conduta, o contrato ou a licitação, não vinculando o sujeito ativo à posição de contratado, licitante ou a alguma qualidade especial.

Dessa forma, entende-se estar diante de um crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, até mesmo por um funcionário de uma pessoa jurídica, contratada ou não da Administração.

¹¹⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 869.

Não é demais consignar que se o sujeito passivo for agente público, poderá haver o concurso material com outros crimes, como o art. 312 do CP (peculato).

Destaca-se ainda a conduta praticada no inciso I do artigo em análise, uma vez que, quando esta é perpetrada por prefeito, também poderá ser cumulada com o delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967.

b) Sujeito passivo:

Quanto ao sujeito passivo, existe divergência doutrinária, tendo em vista que o legislador consignou expressamente a menção “em prejuízo da Fazenda Pública” no tipo penal.

Assim, de acordo com André Guilherme Tavares de Freitas:

[...] o termo “Fazenda Pública” refere-se, em seu sentido técnico-jurídico, ao patrimônio dos entes de direito público, quais sejam, a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal, as Autarquias e as Fundações Públicas de Direito Público (estas últimas são equiparadas a autarquias), conforme se extrai da Lei nº 6.830/80, que, ao disciplinar a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, menciona em seu art. 1º que: “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.¹¹⁵

Aduz o autor que esse aparente conflito deve ser resolvido com a invocação do princípio da legalidade estrita vigente no Direito Penal, não podendo pretender resolver a questão com a mera interpretação extensiva da expressão “Fazenda Pública” para incluir todos os entes listados no art. 85 da Lei de Licitação.

Por outro lado, há entendimento majoritário que inclui no sujeito passivo deste tipo penal as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios¹¹⁶.

Sabe-se que não se permite, em matéria penal, a interpretação extensiva, salvo se interpretação literal ensejar entendimento teratológico¹¹⁷.

¹¹⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 136.

¹¹⁶ Por todos: GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

Nesse sentido, entende-se ser o caso do tipo penal em análise, já que a interpretação literal excluirá outras entidades cujo patrimônio faz parte do erário.

Nas palavras de Diógenes Gasparini: “toca ao exegeta superar as eventuais falhas legislativas, interpretando inteligentemente a lei. Portanto, Fazenda Pública é expressão que deve ser entendida como sinônima de Administração Pública”¹¹⁸.

Reforça tal entendimento a espécie do tipo penal em análise a qual não tutela direito individual, mas interesse coletivo e, pelo princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o privado, além da previsão expressa do art. 85 que prescreve a aplicação das infrações penais às entidades lá citadas, pretende resguardar o interesse público, especificamente o erário, não podendo excluir as empresas públicas, sociedades de economia mista ou outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

Trata-se de crime material, ou seja, exige-se um resultado naturalístico, qual seja: o prejuízo da Fazenda Pública.

Convém destacar que o prejuízo é visualizado com o pagamento da fatura ao fornecedor, ou seja, caso realizada uma das condutas descritas no tipo, mas sem o efetivo pagamento, será configurado o crime apenas na modalidade tentada.

Sem mais incursões, considerando que as observações importantes já foram consignadas em tópico específico, não é demais destacar que as condutas descritas nesse tipo penal são as mais graves previstas na Lei de Licitação, tendo em vista a pena máxima de 6 (seis) anos.

A pena prevista para o crime em questão será de 3 (três) a 6 (seis) anos de detenção, aplicada cumulativamente com a multa.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

¹¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2014, p. 65.

¹¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 129.

Assim também não haverá a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima ultrapassa os 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, é inviável a concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, bem como da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, considerando que a pena mínima para esse crime supera o limite de 1 (um) ano.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexos funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo a existência de nexos funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 12 (doze) anos, nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal.

3.9. Da admissão/contratação de empresa ou profissional inidôneo

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Para melhor compreensão do tipo penal em análise, convém destacar que se está diante de uma norma penal em branco, tendo em vista a necessidade do complemento informativo da inidoneidade.

Nesse sentido, pode-se observar que o complemento encontra-se no art. 87, inciso IV e no art. 88 da Lei nº 8.666/1993, ou ainda, como se verá adiante, em legislação esparsa que prevê a pena de inidoneidade.

A pena para o crime em análise tem a mesma proporção dos já analisados artigos 91 (patrocínio de interesse privado) e 93 (impedimento, perturbação ou fraude a procedimento licitatório), além do art. 98, que será tratado no tópico seguinte.

Os bens jurídicos tutelados são a moralidade administrativa e a segurança jurídica nos procedimentos licitatórios, considerando a necessidade de observância dos efeitos das sanções aplicadas no âmbito administrativo, especificamente a pena de inidoneidade de licitar e contratar com a Administração.

Verifica-se que o desrespeito doloso ao efeito da inidoneidade é coibido pelo Direito Penal, considerando a seriedade e a força que deve ter o âmbito administrativo nos procedimentos licitatórios, visando resguardar a Administração, inclusive, de aventureiros e profissionais/empresas mal intencionados.

Quanto ao tipo penal objetivo, verifica-se que o legislador muito bem dividiu o crime em duas condutas penais distintas, quais sejam: a conduta com subsunção do *caput*, aplicada aos servidores públicos; e a conduta com subsunção do parágrafo único, aplicada aos profissionais e às empresas inidôneas.

Em relação ao *caput*, observam-se duas expressões nucleares: “admitir” e “celebrar contrato”.

O verbo admitir deve ser entendido como habilitar¹¹⁹, pois é na fase de habilitação da licitação que se analisam os documentos que comprovam a idoneidade do profissional ou do licitante.

Já o termo celebrar contrato deve ser entendido como contratar, ou seja, momento em que ocorre a assinatura de ambas as partes, desejo bilateral, sendo a publicação mera eficácia jurídica do instrumento.

Em relação aos outros elementos do tipo, “profissional” refere-se à pessoa física e “empresa” à pessoa jurídica. Conforme já mencionado, há necessidade de que a empresa ou o profissional que for admitido ou contrato esteja declarado inidôneo no momento da declaração de habilitação ou no momento de assinatura do instrumento contratual.

¹¹⁹ No mesmo sentido: FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 145.

Em relação ao parágrafo único, as condutas de “licitar” e “contratar” devem ter o mesmo alcance do mencionado para o *caput*, pois é consequência lógica da conduta praticada pelo servidor público. Ainda que sejam condutas independentes, há a possibilidade de existência de liame subjetivo entre os agentes.

Explica-se, por se tratar de condutas autônomas, é possível que a pessoa declarada inidônea só responda pelo crime caso venha a licitar ou contratar com a Administração sem a ciência dessa condição pelo servidor que admiti-lo ou contratá-lo, no entanto, normalmente, há o dolo de ambos os sujeitos.

Ressalta-se que o crime em análise trata-se de um tipo penal misto alternativo, ou seja, a conduta de admitir e contratar, ainda que praticada na mesma circunstância, terá aplicação apenas uma vez.

a) Sujeito ativo:

Conforme delineado acima, está-se diante de um crime próprio, tanto no *caput* como no parágrafo único.

Verifica-se que, para admitir ou contratar, exige-se que o sujeito seja servidor público, ainda que não competente para tal¹²⁰.

Assim também para o *caput*, já que se exige a declaração de inidoneidade do agente.

Em relação ao parágrafo único, importante questão é observada quanto ao sujeito ao qual a sanção de inidoneidade foi direcionada, pois, via de regra, esta é aplicada somente à pessoa jurídica, sem extensão automática aos sócios.

Assim, tormentosa é afirmação de que a pessoa física responderá pelo tipo penal em análise quando, tão somente, a pessoa jurídica a qual pertente tenha recebido a sanção de inidoneidade e ainda assim foi admitida ou contratada nessa condição.

Para André Guilherme Tavares de Freitas¹²¹, a pessoa física, interposta por pessoa jurídica, quando participante de licitação, só responderá por este crime quando pessoalmente

¹²⁰ Ver observações já tratadas no art. 89.

¹²¹ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 144.

tiver recebido a sanção, não podendo responder quando somente a sua pessoa jurídica se apresenta nessa condição.

Em outro ponto, verifica-se que a literalidade do parágrafo único prevê “aquele” que declarado inidôneo incidirá na mesma pena. Ou seja, permite concluir que há referência à pessoa física, porém com a penalidade inscrita para a pessoa jurídica, se assim houver o dolo na conduta.

Nesse caso, conclui-se, portanto, que ainda que a sanção esteja registrada somente em nome da pessoa jurídica, a pessoa física que tenha o dolo de licitar ou contratar com a Administração, nessa condição, responderá pelo delito em questão.

A pessoa física que usa de pessoa jurídica interposta para o cometimento de ilícitos penais não pode se escusar dos efeitos penais sob o argumento do manto da separação da personalidade, sob pena de ineficácia e inviabilidade de aplicação da lei penal nesses casos específicos.

b) Sujeito passivo:

O sujeito passivo desse crime poderá ser qualquer ente público listado no art. 85 da Lei de Licitação.

De forma reflexa, poderá também ser considerado sujeito passivo do delito em análise o licitante prejudicado, com a admissão ou a contratação da empresa ou do profissional inidôneo.

Trata-se de crime de mera conduta¹²², ou seja, não se exige resultado naturalístico, mas apenas o simples comportamento de admitir a licitação ou firmar o contrato com empresa ou profissional inidôneo, sem que haja, inclusive, prejuízo material à Administração.

Não obstante, vislumbra-se a possibilidade da tentativa quando a admissão ou a contratação não permanece válida em consequência de decisão de autoridade superior que anule ou revogue o ato de admitir ou da contratação, como exemplo nos casos de recursos administrativos ou da própria autotutela administrativa.

¹²² FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 147.

É importante consignar que em âmbito federal existem sistemas que permitem a verificação de registros de sanções administrativas, tais como o SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores e o CEIS – Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas.

Não é demais ressaltar que a inclusão da empresa ou do profissional em qualquer cadastro de acesso público poderá servir como indício de dolo na conduta do agente.

Em outro ponto, observa-se que a pena de inidoneidade pode ter amparo legal tanto no citado art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, como em legislação especial. Cita-se, como exemplo, a penalidade de inidoneidade aplicada pelo TCU, com fulcro no art. 46 da Lei¹²³ nº 8.443/1992 e a penalidade do art. 12 da Lei nº 8.429/1990, tendo em vista que o efeito de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, tem o mesmo efeito da inidoneidade.

Por fim, não é demais consignar que o tipo em análise aplica-se também para procedimentos de contratação direta (dispensa e inexigibilidade), pois não houve ressalva do legislador, considerando que é perfeitamente viável admitir ou celebrar contrato nessa espécie de procedimento.

A pena para o crime em estudo será de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e multa.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, cujo processamento ocorrerá nos termos da Lei nº 9.099/1995.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 2 (dois) anos.

¹²³ BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1992.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Assim, também será permitida a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, considerando que a pena mínima para esse crime é inferior a 1 (um) ano.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexos funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo nexos funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal.

3.10. Do afastamento de inscrição de interessados em registros cadastrais

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A pena para o crime em análise tem a mesma proporção dos já analisados artigos 91 (patrocínio de interesse privado), 93 (impedimento, perturbação ou fraude a procedimento licitatório) e 97 (admissão/contratação de empresa ou profissional inidôneo).

O bem jurídico tutelado nesse tipo penal é o regular funcionamento da Administração Pública.

Nesse sentido, uma das formas que o legislador considerou importante para garantir a regularidade do funcionamento da Administração foi a criminalização da conduta que “obsta”, “impede” ou “dificulta”, injustamente, o registro cadastral em análise, ou “altera”, “suspende” ou “cancela”, indevidamente, esse registro.

Assim também, de forma reflexa, percebe-se que a moralidade administrativa é tutelada com esse tipo penal.

Verifica-se que o tipo penal em questão traz 2 (duas) condutas distintas, consideradas modalidades delitivas da norma penal. A primeira refere-se, de forma geral, ao afastamento de eventuais interessados dos registros cadastrais. A segunda, à ingerência que pode ocorrer, indevidamente, no cadastro já efetivado anteriormente.

Na primeira modalidade, os verbos nucleares são: “obstar”, “impedir” e “dificultar”, que se referem à possibilidade de afastamento de eventuais interessados. Os verbos “obstar” e “impedir” condizem com a conduta que impossibilita o cadastro, que gera, efetivamente, a ausência do registro em decorrência dessas atitudes. Já o verbo “dificultar” traz o sentido de atrapalhar, porém sem a necessidade de que não ocorra o registro, mas que haja certa dificuldade, seja em maior ou menor intensidade.

Após o efetivo cadastro, poderá ocorrer a segunda modalidade delitiva desse tipo penal, consubstanciada nos seguintes verbos nucleares: “alterar”, “suspender” e “cancelar”. Todas as condutas devem ser executadas de forma indevida, conforme elementar expressa no tipo.

A conduta de alterar refere-se à modificação do registro. Já suspender tem o caráter de retirada temporária do registro e a expressão cancelar contém o significado de extinção permanente do registro.

a) Sujeito ativo:

Há orientação doutrinária no sentido de que a primeira modalidade delitiva trata-se de crime comum, ou seja, pode ser praticada por qualquer pessoa sem qualidade especial. Em relação à segunda modalidade, seria crime próprio, já que somente agente público poderá alterar, suspender ou cancelar o registro¹²⁴.

Não obstante, verifica-se que a gestão dos cadastros disciplinados nos arts. 34 e 37 da Lei nº 8.666/1993 não se referem à atividade-fim da Administração, mas à atividade-meio, o que, na praxe administrativa, acaba sendo gerida, muitas vezes, por funcionários terceirizados.

¹²⁴ Nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 44; FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 122; e GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

Ou seja, na prática, apenas funcionários terceirizados, que, para fim da aplicação do presente tipo penal, não se enquadram no conceito de servidor público, realizam ou gerem esses sistemas.

Assim, ao acreditar ser crime próprio a segunda modalidade, estar-se-ia afastando a responsabilidade penal desses funcionários na prática autônoma (sem auxílio de agente público) do presente crime, o que não se coaduna com a visível intenção do legislador com a efetividade da tutela penal pretendida.

Nesse toar, entende-se que ambas as modalidades delitivas se referem a crime comum, pois não se exige qualidade especial do sujeito para a sua prática.

b) Sujeito passivo:

O sujeito passivo será a Administração Pública, especificamente uma das entidades indicadas no art. 85 da Lei de Licitação, além da pessoa prejudicada com a conduta que envolva o seu registro cadastral.

Em ambas as modalidades delitivas a consumação ocorrerá no momento da realização dos verbos nucleares do tipo, não se exigindo resultado naturalístico, motivo pelo qual se está diante de crime de mera conduta.

Observa-se a possibilidade da tentativa em virtude da viabilidade de fracionamento da execução. Cita-se, como exemplo, o sujeito que é surpreendido no momento da alteração indevida do cadastro, porém, não consegue concluí-lo, por circunstâncias alheias à sua vontade, e acaba não efetivando a alteração no sistema.

Destaca-se que o tipo penal em estudo tutela o procedimento disciplinado nos artigos 34 a 37 da Lei nº 8.666/1993, que orientam o registro cadastral que eventualmente órgãos ou entidades da Administração mantenham para facilitar seus procedimentos licitatórios.

Cita-se, como exemplo, o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores — SICAF, que é o registro cadastral do Poder Executivo Federal, mantido pelos órgãos e entidades que compõe o Sistema de Serviços Gerais — SISG, criado pelo Decreto¹²⁵ nº 3.722,

¹²⁵ BRASIL. Decreto nº 3.722, de 09 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 34 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001.

de 9 de janeiro de 2001 e atualmente regulamentado pela Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão¹²⁶.

Observa-se também que a norma penal não traz as elementares da “grave ameaça” e da “violência” como meio de consecução do crime, ou seja, caso essas ocorram haverá a possibilidade de imputação penal autônoma, podendo o sujeito responder, além do tipo penal em questão, por eventual constrangimento ilegal ou lesão corporal.

Por fim, não é demais ressaltar que não há necessidade da existência de licitação instaurada ou contratação efetivada, pois não são elementares do tipo, porém, exige-se que o cadastro seja referente a procedimento licitatório, considerando que é um tipo penal previsto nessa legislação, além de existir disciplina especial nos mencionados artigos 34 a 37.

A pena para o crime em estudo será de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e multa.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, cujo processamento ocorrerá nos termos da Lei nº 9.099/1995.

Conforme mencionado em tópico específico, esse crime não permite interceptação telefônica, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296/1996.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade da concessão do benefício da suspensão da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, considerando que a pena mínima para esse crime é de 2 (dois) anos.

No mesmo sentido, haverá a possibilidade da concessão do benefício da conversão da pena de detenção em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Assim, também será permitida a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, considerando que a pena mínima para esse crime é inferior a 1 (um) ano.

¹²⁶ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010. Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

Caso esse crime seja cometido por ocupante de cargo em comissão ou função de confiança a pena será aumentada em 1/3, desde que exista nexó funcional com a prática do delito, nos termos do art. 84, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se também que, havendo nexó funcional com a prática do delito em comento, o agente público sujeitar-se-á, automaticamente, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, conforme preconizado no art. 83 da Lei nº 8.666/1993.

A prescrição da pretensão punitiva para esse crime ocorrerá em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal.

3.11. Da pena de multa

A multa a ser cumulada obrigatoriamente com os tipos penais da Lei de Licitação está prevista no artigo 99 da Lei:

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

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Consigna-se a existência de críticas doutrinárias sobre a falta de técnica legislativa quanto à redação do mencionado artigo, tendo o autor Vicente Greco Filho chegado à seguinte conclusão:

Em que pese a intenção do legislador de dar à penal de multa uma proporcionalidade em face da vantagem auferida, essa intenção, mal resolvida, levou à indefinição absoluta do valor da pena, o que viola, em nosso entender, o princípio da legalidade, sendo a eventual imposição inconstitucional.¹²⁷

É bem verdade que a aplicabilidade prática de tal dispositivo pode dificultar a decisão do magistrado na dosimetria da pena, considerando o subjetivismo previsto no *caput* quanto à base

¹²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

de cálculo da vantagem potencialmente auferível e quanto ao limite previsto no §1º de 2% a 5% “do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação”¹²⁸.

Essa dificuldade pode ser verificada nos tipos penais em que não ocorra explicitamente vantagem econômica e não decorra contrato (por exemplo, art. 89).

Ainda assim, vislumbra-se a possibilidade de aplicabilidade da multa em análise, pois nas palavras de André Guilherme Tavares de Freitas, ainda que seja regra de difícil aplicação, não é impossível.¹²⁹

Tal premissa torna-se verdadeira quando considerado que, nos casos em que não há vantagem econômica explicitamente obtida, sempre haverá uma potencial vantagem do agente ou de terceiro em comparação com o prejuízo da Administração advindo da conduta do sujeito.

Em relação ao limite previsto no §1º da norma, ainda que não haja contrato oriundo de licitação ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade, este poderia ter sido efetivado no procedimento específico ou em um eventual procedimento que foi prejudicado pela conduta do agente, tendo em vista que todos os tipos penais se referem a procedimentos.

Em relação ao §2º, o legislador alterou a regra da arrecadação da multa prevista no art. 44 do Código Penal¹³⁰ e, em vez de o pagamento ser realizado ao fundo penitenciário, passou a ser revertido ao ente federativo afetado pela conduta.

Não é demais ressaltar que, no caso de cumulação de crimes previstos no Código Penal, não haverá incompatibilidade na dosimetria da pena, podendo ser realizadas as duas formas de cálculo da multa em relação ao respectivo delito.

Por fim, convém ressaltar, conforme delineado em tópico específico, que não poderá haver substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, em prestígio à Súmula nº 171 do STJ.

¹²⁸ *Op. Cit.* p. 148.

¹²⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, 126.

¹³⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

4. DO PROCESSO E PROCEDIMENTO JUDICIAL

A Lei de Licitação, além de preconizar tipos penais, trouxe também, em seus artigos 100 a 108, procedimento especial referente ao processo penal para essa espécie de crimes.

Os artigos 100, 101 e 103 em nada inovaram, pois se referem: ao tipo de ação (ação penal pública incondicionada); à possibilidade da ação privada subsidiária da pública, regra já contida no ordenamento jurídico; e à *notitia criminis*, no mesmo sentido também do já preconizado no CPP.

O art. 102 refere-se à obrigatoriedade de os órgãos de controle e magistrados darem ciência ao Ministério Público, remetendo cópias e documentos necessários para o oferecimento da denúncia quando tiverem conhecimento de eventual delito da Lei de Licitação.

A inovação trazida pelo legislador foi disciplinada nos artigos 104 a 107, que tratam, em síntese, do número de testemunhas, prazos para defesa, alegações finais, sentença e dos requisitos para a apelação, tudo a partir do recebimento da denúncia.

Assim, observa-se a existência de lacuna quanto ao procedimento anterior à denúncia e à própria fase na instrução processual, já que a inovação foi basicamente em relação aos prazos.

Para a definição de qual procedimento será adotado e em qual momento, há divergência doutrinária. Primeiramente, convém esclarecer a existência de três procedimentos no ordenamento jurídico:

- a) procedimento geral do CPP;
- b) procedimento específico dos crimes funcionais no CPP;
- c) procedimentos especiais de legislações esparsas (por exemplo, Lei nº 8.666/1993).

Os crimes funcionais podem ser definidos como próprios: praticados só por funcionários públicos; e impróprios: que podem ser praticados por particulares¹³¹.

Nesse contexto de crimes funcionais, o procedimento seguirá o rito especial do art. 514 do Código de Processo Penal, que terá, em síntese:

- a) oferecimento da denúncia ou queixa;
- b) defesa preliminar¹³²; e
- c) procedimento ordinário a partir do recebimento da denúncia ou queixa.

Não há dúvidas que a própria Lei de Licitação preconizou expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, conforme art. 108 da mencionada Lei.

Nesse sentido, cabe rechaçar o argumento que pretende afastar por completo o processo e o julgamento, instituído pelos artigos 513 a 518 do CPP. Nesse sentido, explana André Guilherme:

Não vislumbramos qualquer impedimento para que seja feita uma combinação de leis, no caso, a Lei de Licitações e o Código de Processo Penal, para que, na fase anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, seja aplicado o rito previsto nos arts. 513 a 516 do CPP, e, após recebida a prefacial acusatória, o rito da Lei de Licitações, em razão desta só mencionar o recebimento da denúncia em diante. Evita-se, assim, qualquer argumentação de eventuais nulidades decorrentes de prejuízo à defesa, em razão da adoção de um rito total mais solene e com maiores oportunidades defensivas.¹³³

Cabe consignar pontualmente que o art. 104 da Lei nº 8.666/1993 não previu a denominada defesa prévia dos crimes funcionais (art. 514), apresentada antes mesmo da citação (art. 517), além de ter preconizado a apresentação de defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias contados do seu interrogatório, razão pela qual se entende perfeitamente aplicável esse procedimento em prol do previsto no CPP.

¹³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 647.

¹³² A jurisprudência do STJ assentou entendimento de que, tendo a denúncia imputado ao paciente crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o art. 514 do CPC, que trata da defesa preliminar”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 20.887/SP — 6ª Turma. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Julgado em: 25 de junho de 2002. *Diário de Justiça*, 10 mar. 2003, p. 314).

¹³³ FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 133.

Ou seja, só haverá aplicação do CPP de forma subsidiária, não se aplicando quando houver procedimento específico na Lei nº 8.666/1993 e apenas crime licitatório.

Questão tormentosa refere-se à escolha do procedimento quanto à conexão de crimes da Lei de Licitação e crimes previstos no Código Penal, já que existem procedimentos distintos para cada espécie.

Sobre essa questão, é importante consignar o posicionamento do Juízo da 3ª Vara Criminal de Brasília, que afastou a aplicação do procedimento previsto no art. 104 da Lei nº 8.666/1993, sob o seguinte argumento:

Por fim, não há que se falar em nulidade na adoção do rito comum ordinário. O acusado J. foi denunciado pelo crime descrito no art. 96, IV, da Lei 8.666/93, o que atrairia o rito especial da Lei de Licitações. No entanto, houve denúncia conjunta com crime submetido ao rito comum (art. 299, do CP). Não é recomendável o desmembramento do processo, eis que evidenciada a conexão probatória e intersubjetiva por concurso. Em tese, os acusados praticaram ilícitos penais distintos, em conluio e no mesmo contexto fático. Seria inviável a tramitação do processo com procedimentos diversos. Nos casos de conexão envolvendo infrações penais submetidas a procedimentos distintos, há lição doutrinária no sentido de que deve ser observado o procedimento mais amplo, que confira maiores garantias ao réu. Observo que o rito da Lei 8.666/93 prevê que o interrogatório seja realizado na fase inicial da instrução processual, e, 10 (dez) dias depois, haja apresentação de defesa prévia, limitando a cinco o número de testemunhas. Enquanto que, no rito comum ordinário, o interrogatório figura como último ato instrutório, garantindo que o acusado conheça todas as provas contra si antes de apresentar a sua versão sobre os fatos, bem como autoriza a indicação de até oito testemunhas. Neste contexto, resta patente que o rito comum ordinário oferece maiores oportunidades para o exercício das faculdades processuais.¹³⁴

Esse entendimento se coaduna com a melhor hermenêutica, considerando que essa interpretação amplia as garantias processuais sem ofender o princípio do devido processo legal¹³⁵.

Nesse sentido, entende-se que acertadamente agiu o magistrado, considerando haver cumulação de crimes, optando por aplicar o procedimento que melhor oportunize o exercício das faculdades processuais ao réu, indo ao encontro do moderno processo penal.

¹³⁴ Decisão interlocutória. Processo nº 2011.01.1.121107-4 — 3ª Vara Criminal de Brasília. Juiz: Omar Dantas. Publicação 18.08.2015.

¹³⁵ Como muito bem ensina Fernando Capez, em sua obra Curso de Processo Penal, o devido processo legal “consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que a lei estabelece (*due process f Law* – CF, art. 5º, LIV)” CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que existe uma dogmática penal relativa aos crimes da Lei de Licitação, que a difere dos crimes comuns previstos no Código Penal, considerando que na maioria dos tipos penais há vinculação ao procedimento licitatório e envolvimento de agentes públicos.

Ainda que possam ter incidência de especificidades, tendo em vista a necessidade de aproximação do Direito Administrativo, as condutas descritas nos tipos penais devem respeitar princípios e normas gerais do Direito Penal.

Observa-se ainda que a falta de técnica legislativa na redação dos tipos penais acarretou divergência doutrinária e jurisprudencial, o que dificulta a aplicação da lei ao caso concreto.

No presente trabalho optou-se por adotar hermenêutica que prestigia o garantismo penal positivo, ou seja, aquele que visa garantir os direitos fundamentais e proteger os bens jurídicos relevantes para a sociedade brasileira, considerando a atual realidade de operações policiais e a crescente criminalidade de colarinho branco.

Essa opção conciliou o garantismo penal negativo, aquele que resguarda as garantias fundamentais do réu que sofre o imperativo estatal na condução do processo penal.

Sendo assim, considerando a celeuma na interpretação dos tipos penais alinhavados, verifica-se a necessidade de maior aprofundamento do tema por profissionais do Direito, precipuamente a doutrina e a jurisprudência dos tribunais, já que os poucos doutrinadores que tratam sobre o assunto divergem na aplicação e na abrangência dos tipos penais em análise.

Essa premissa se justificava pela necessidade de observância do princípio da legalidade em consonância com a segurança jurídica, já que entendimentos divergentes geram decisões conflitantes.

Evidenciou-se que as condutas descritas nos tipos penais em foco normalmente acompanham outras espécies de crimes e, pelo princípio da especialidade, podem atrair a aplicação de procedimentos diversos dos previstos na Lei de Licitação. Para dirimir essa

celeuma, foi ressaltado precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFT que optou pelo procedimento de maior amplitude de defesa.

Em outro aspecto, observa-se que muitos tipos penais da Lei de Licitação, considerando a quantidade da pena em abstrato, atraem o tratamento dispndido aos crimes de menor potencial ofensivo, com a aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/1995, o que exige do operador do Direito o domínio dessa legislação.

Assim também pode ser observado quanto ao domínio sobre a classificação de crimes, precipuamente quanto à autoria e ao momento da consumação, pois essencial para definir a abrangência do tipo penal, situação que enseja mais divergência doutrinária.

Por fim, pretendeu-se com este trabalho enriquecer a visão sobre os crimes previstos na Lei de Licitação, demonstrando a amplitude de interpretações e as que melhor se coadunam com a atual dogmática penal.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.471.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº 3.722, de 09 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 34 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 fev. 1967.
- BRASIL. Lei nº 4.657, de 04 de setembro 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.
- BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 de dezembro de 1990, republicado em 18 mar. 1998.
- BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 1990.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 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. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 3 jun. 1992.
- BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1992.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993.
- BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1996.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010. Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014. Dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral. Disponível em: <www.comprasgovernamentais.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq nº 2482/MG — Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgado em: 15 de setembro de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 005.147/95-6. Acórdão nº 66/1998 – Plenário. Relator: ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 022.255/2007-3. Acórdão nº 7.591/2015 – 1ª Câmara. Relator: ministro José Múcio Monteiro. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 575.236/1998-1. Acórdão nº 2.300/2013 — Plenário. Relatora: ministra Ana Arraes. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 158. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

DICIONÁRIO Priberam. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/devassar>> Acesso em: 14 jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 8. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2006.

FERNANDES, Jacoby. Consolidação das Leis de Licitação. Informativo nº 2112, de 30 de maio de 2016. Fórum Jacoby de Gestão Pública. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/infj/InformativosINJA/211230052016>>. Acesso em: 30 maio 2016.

FISCHER, Félix. Série Cadernos do CEJ 25. *Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2005.

FREITAS, André Guilherme Tavares. *Crimes na Lei de Licitações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 421

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2014.