

# CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA TUTELA JURÍDICO-PENAL DA LICITAÇÃO

*Priscila Kutne Armelin\**

**SUMÁRIO:** 1 Apontamentos gerais. 2 Breves noções sobre a licitação. 3 Bem jurídico-penal protegido e sujeitos do delito. 4 Tipicidade objetiva e subjetiva. 5 Pena e ação penal. 6 Considerações finais.

**Palavras-chave:** Licitação - Contrato Administrativo - Administração Pública - Delitos Econômicos.

## 1 APONTAMENTOS GERAIS

A licitação que primeiro foi tratada no Código da Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Decreto-lei 200/1967, Lei 5.456/1968, Lei 6.946/1981 e Decreto-lei 2.300/1986 (que era o denominado Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos), atualmente está disciplinada pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>1</sup>, a qual sofreu alterações<sup>2</sup> e deve ser interpretada à luz das Emendas Constitucionais n. 6/1995 e 19/1998. É uma lei ampla e híbrida, denominada Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que busca abordar todo o complexo atinente à licitação e contrato administrativo, bem como estabelece sanções administrativas, tipos penais, processo e procedimento judicial.

Estabelece o artigo 125 da Lei, que ela entra em vigor na data da sua publicação, ou seja, não estipulou *vacatio legis*, assim, sua vigência e eficácia ocorreram juntas, com a publicação no Diário Oficial da União

---

\* Mestranda em Direito, Tutela de Direitos Supra-individuais, sub-área Direito Penal, na Universidade Estadual de Maringá e Advogada.

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 267.

<sup>2</sup> Sofreu alterações pelas Leis n. 8.883/94, 9.648/98, 10.176/01 e Decretos n. 3.391/01 e 4.342/02 (Registro de Preços), Lei Complementar n. 101/00, Lei n. 10.520/02.

no dia 22 de junho de 1993 e há previsão no artigo 126 que as disposições contrárias estão revogadas.<sup>3</sup>

A Lei n. 8.666/93 foi para alguns esperada, haja vista que foi a primeira lei de licitações a trazer tipos penais específicos<sup>4</sup>, para outros, recebeu o apelido de diabólica (numa comparação ao número bíblico do diabo) e está eivada de inconstitucionalidade.<sup>5</sup> Além desta crítica, outras apontam a falha técnica do legislador, que ao aproveitar integralmente a estrutura usada na elaboração do Decreto-lei n. 2.300/86 (exceto quanto aos tipos penais), reformulando apenas pela adição de expressões e de orações, sendo poucos os casos de supressão, "[...] terminou criando muitos dispositivos com a redação confusa, gongórica, repetitiva e, não raro, com notórios equívocos ou atecniais [...]."<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Assim, o dia 22 de junho de 1993 é a data que deve ser respeitada como ponto de partida para a caracterização das condutas penais constantes nessa Lei, conforme o princípio da irretroatividade da norma penal incriminadora, bem como por não conter disposições penais mais benéficas.

<sup>4</sup> Segundo Diogenes Gasparini, há muito a sociedade exigia uma legislação criminal relacionada com as contratações celebradas pela Administração Pública Direta e Indireta (GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2004, p. 1-2).

<sup>5</sup> Neste sentido, um dos críticos mais pertinazes é o jurista Toshio Mukai, o qual argumenta a inconstitucionalidade absoluta da Lei n. 8.666/93, por não ter apenas disciplinado normas gerais de licitação e contratação, como ordena o artigo 22, da Carta Magna, extrapolando a competência deferida, legislando normas específicas e procedimentais, invadindo as competências dos Estados e Municípios, nos termos de suas autonomias legislativas constitucionais. E ainda, coloca como segundo argumento de inconstitucionalidade que ela erige-se na única lei decorrente do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, visto que o Brasil não é um país unitário, mas uma federação, devendo haver lei federal para licitações federais, várias leis para cada Estado e milhares, para cada município (MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-215). Ainda sobre a inconstitucionalidade, Maria Sylvania Zanella Di Pietro também entende que existe, mas para o artigo 1º da lei em comento, que não deixar os Estados e Municípios legislarem em matéria de licitação (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 302). Como inconstitucionais algumas normas, vide também: DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43; NOBRE, Milton A. de Brito. *Inovações da lei de licitações e contratos da administração pública: lei n. 8.666, de 21.06.93, com alterações da lei n. 8.883, de 8.6.94*. Belém: CEJUP, 1994, p.17-20; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 299-300. Em sentido contrário, pela constitucionalidade total da lei: CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à nova lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.10-13. Todavia, Eros Roberto Grau recomenda prudência aristotélica (da justa medida) aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, bem como as demais entidades controladas, direta ou indiretamente, quanto as disposições desta lei, ao menos até que a constitucionalidade de sua aplicação seja, se for o caso, questionada perante o Supremo Tribunal Federal através de ação de inconstitucionalidade (GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 13).

<sup>6</sup> NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p. 27.

O estudo do tema proposto é propício no atual contexto dos episódios da política brasileira<sup>7</sup>, em que se cobra da Administração Pública mais transparência e probidade na condução de seus processos de contratação, bem como pela importância das atividades empresariais na repercussão econômica do país.

Muito se discutiu se a natureza jurídica das licitações era matéria inerente ao Direito Administrativo ou ao Direito Financeiro, e disto seria definida a competência, sendo que esta segunda corrente vinha sendo acolhida pela jurisprudência e, em caráter majoritário, pela prática administrativa, inclusive pelos Tribunais de Contas dos Estados, por entenderem que "[...] as licitações estão contidas na esfera da gestão financeira da coisa pública."<sup>8</sup> Com a Carta Magna de 1988, através do artigo 22, XXVII, que determina à União a competência para legislar normas gerais sobre licitação e contratação, a polêmica está superada e trata-se de Direito Administrativo.<sup>9</sup>

Todavia, quanto ao tema central do presente estudo, que corresponde aos crimes na Lei de Licitação Pública, ou seja, na Lei n. 8.666/93, não há dúvida de que neste ponto a questão é de âmbito do Direito Penal e deve se subordinar aos princípios e estruturas deste<sup>10</sup>,

<sup>7</sup> Das diversas denúncias que demonstram comportamentos contrários ao princípio primário da moralidade pública, dentre elas cita-se a título de ilustração a fraude na licitação pública para distribuição de trezentas toneladas de alimentos do programa Fome Zero em 400 assentamentos, pela superintendente e mais quatro servidores do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), em Marabá (sul do Pará). "De acordo com a denúncia do Ministério Público Federal, as cestas foram entregues às famílias de assentados pela empresa Sinacom, que venceu a concorrência, muito antes de a licitação ser realizada" (MENDES, Carlos. Incra é acusado de fraudar licitação: juiz quebra sigilo da superintendente no Pará e denuncia mais 4 funcionários. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 29 out. 2005, Nacional A, p. 17).

<sup>8</sup> MUKAI, Toshio, op. cit., p. 5.

<sup>9</sup> E ainda, cumpre dizer que os defensores dessa linha argumentam que por ser a licitação um procedimento administrativo prévio ao contrato, o qual é o ato negocial da Administração, ela somente pode estar subsumida ao direito administrativo. Cita-se dentre outros: MUKAI, Toshio, op. cit., p. 7-8; GASPARINI, Diogenes, *Direito administrativo*, op. cit., p. 299; CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p.19; DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella, op. cit., p. -301; CAVALINI, José Valdecir. *Tutela penal das licitações e contratos administrativos*. 2001. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito.) - Universidade Estadual de Maringá, p. 17-18; MENDES, Raul Armando. *Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos: com apontamentos sobre a lei paulista n. 6.544/89*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3-4; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19; DALLARI, Adilson Abreu, op. cit., p. 19.

<sup>10</sup> Tal como ocorre com a questão do ambiente, que teve sua tutela jurídico-penal dentro de outra lei de natureza híbrida (Lei n. 9.605/98), esta tutela não perdeu sua natureza de Direito Penal. Neste sentido, vale reproduzir as lições de Luiz Regis Prado: "Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais -

sendo sob este prisma a reflexão a ser abordada dos artigos 89 a 99. Estes delitos podem ser enquadrados numa vertente do Direito Penal<sup>11</sup>, chamado Direito Penal Econômico<sup>12</sup>, visto que os interesses que se almejam resguardar com a realização dos processos licitatórios é a probidade financeira e moral das negociações da Administração

---

legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático" (PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*: anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33). Tem-se, então, como princípios do Direito Penal: a) da legalidade; b) da dignidade da pessoa humana; c) da culpabilidade; d) da exclusiva proteção dos bens jurídicos; e) da intervenção mínima; f) da fragmentariedade; g) da pessoalidade da pena; h) da individualização da pena; i) da proporcionalidade da pena; j) da humanidade; k) da adequação social; l) da insignificância (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 111-128). E mais especificamente na Lei n. 8.666/93, que os tipos penais devem se submeter ao Direito Penal (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 628-629).

<sup>11</sup> O Direito Penal é sempre o centro e todas as suas ramificações devem estar subordinadas a ele e aos seus postulados garantistas.

<sup>12</sup> "[...] é o que se deve denominar *Direito Penal Econômico*; isto é, o conjunto de normas incriminadoras que têm como objeto de proteção a *ordem econômica*. Essa proteção pode ser *direta* ou *imediate*, quando então se fala em Direito Penal econômico em sentido estrito ou Direito Penal administrativo econômico, como ocorre, v.g., na tipificação do "dumping" (art. 4º, inc. VI, da Lei 8.137/90) ou da violação de tabelamento oficial (art. 6º, I, da Lei n. 8.137/90), e pode ser *indireta*, *mediata* ou *acesória*, no âmbito de Direito Penal econômico *lato sensu*, quando há, antes do processo econômico, um outro bem jurídico diretamente visado pela proteção da norma, via de regra de cunho individual, e só reflexamente é que se verifica a tutela da ordem econômica, como se verifica, v. g., nos crimes contra a propriedade industrial, nas falências fraudulentas, etc." (SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. *A tutela penal da propriedade industrial e repressão à concorrência desleal*. 2003. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Maringá, p. 64). Ou, no caso, com as licitações e contratos administrativos. Cumpre explicar que o conceito de ordem econômica, na doutrina, pode ser amplo ou estrito; adota-se, no presente estudo, a primeiro conceito, visto que o mesmo abraça bens jurídicos importantes e dignos de tutela penal. Sobre o conceito, tem-se: "Na verdade impõe reconhecer, para efeito de proteção penal, a noção de ordem econômica *lato sensu*, apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo. [...] Esse conceito de ordem econômica acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supra-individual, genericamente considerado (bem jurídico categorial), o que por si só não exclui a proteção dos interesses individuais. Além disso, em cada tipo penal de injusto há um determinado bem jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supra-individual), diretamente protegido em cada figura delitiva. Tal concepção fundamenta em sede penal um conceito amplo de delito econômico, mas não totalizador ou amplíssimo" (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28). Vide ainda: FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua aceção constitucional. In: REALE, Miguel. *Experiência do direito*. Campinas, SP: Millennium, 2004, p. 260-263.

Pública.<sup>13</sup> Neste sentido pode-se dizer que na licitação há, entre outros fins<sup>14</sup>, o interesse econômico-estatal com a gestão da coisa pública<sup>15</sup>, com a distribuição, circulação e consumo destes bens econômicos, zelando-se pela lisura na competitividade<sup>16</sup>, afastando todo arbítrio e favorecimento.<sup>17</sup> Resumindo: "Trata a Lei n. 8.666/93, de criminalidade econômica, atual e extremamente danosa aos interesses públicos em geral."<sup>18</sup>

Inclusive, como todo bem jurídico-penal tem que ter sua raiz no texto constitucional e no Estado de Direito democrático e social<sup>19</sup>, com a Emenda Constitucional n. 19/98, além da previsão no artigo 37, XXI (que eleva o instituto da licitação como princípio da Administração Pública<sup>20</sup>), tem-se os artigos 173 e 175, que exigem a licitação e estão inseridos no Título VII Da Ordem Econômica e Financeira, no Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Portanto, trata-se de um tema dentro do Direito Penal Econômico, ora acolhido em seu sentido amplo.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> LOPES, Luciano Santos. Penas na lei de licitações: penas alternativas e da pena de multa. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=441>>. Acesso em: 17 out. 2005, p. 1.

<sup>14</sup> A respeito dos objetivos básicos da licitação vide p. 9.

<sup>15</sup> Diferente da iniciativa privada em que as pessoas jurídicas e físicas são livres para promover compras e alienações, respeitando as regras e os costumes de mercado, a Administração Pública, por gerir a coisa pública, necessita de licitar (FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 255).

<sup>16</sup> "O procedimento licitatório, como o concurso, é uma competição. Vencerá o melhor, em disputa lícita. Seu traço característico é o *certame*, a *luta*, a *corrida*, a *competitividade*" (CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 347).

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 894.

<sup>18</sup> LOPES, Luciano Santos, op. cit., p. 1. Também como crime econômico, João Marcello de Araújo Júnior ao expor sobre as penas cominadas na Lei n. 8.666/93, menciona no contexto de crimes econômicos (ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. A pena de multa nos crimes contra as licitações. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 31, p. 64-71, jan./mar. 1996, p. 70).

<sup>19</sup> "Os bens dignos e merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade" (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 69).

<sup>20</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 71-72.

<sup>21</sup> "Quando da publicação da lei em tela, pretendeu-se ver nos crimes nela definidos, verdadeiros crimes contra a ordem econômica, na suposição de que os aspectos preponderantes de tais crimes seriam aquelas relativos aos interesses econômicos dos particulares que contratam com a Administração" (MARCELLO, João. O espaço jurídico-criminal nos tribunais de contas: brevíssimas notas sobre o crime do artigo 89 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 1, 1994. p. 251). Este autor, todavia,

Ante as excessivas minúcias da Lei e tendo em vista a finalidade última do presente trabalho que é estudar os tipos penais nela previstos, serão expostas apenas noções gerais de licitação, apontado alguns artigos principais e deixando de aprofundar sobre os aspectos atinentes a modalidades, limites e dispensa, bem como da habilitação e julgamento das propostas, celebração e execução dos contratos. Em seguida, ao adentrar no âmbito penal, propõe-se analisar a previsão no Capítulo IV, dos artigos 89 a 99 que disciplinam os crimes e as penas (Seção III), abordando a questão do bem jurídico protegido, sujeitos ativo e passivo, estrutura geral do tipo de injusto e sanções penais.

## 2 BREVES NOÇÕES SOBRE A LICITAÇÃO

A Carta Magna ao tratar sobre a Administração Pública, em seu artigo 37, XXI, dispõe expressamente que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. Disto decorre que a norma constitucional exige licitação prévia como pressuposto necessário ao contrato administrativo, salvo os casos especificados na legislação.<sup>22</sup> A Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, veio regulamentar esse dispositivo constitucional.

A palavra licitação vem "Do latim *licitatio*, dos verbos *liceri* ou *licitari* (lançar em leilão, dar preço, oferecer lance), possui o vocábulo, em sentido literal, a significação do *ato de licitar* ou *fazer preço* sobre a coisa posta em *leilão* ou a *venda em almoeda*", assim, "[...] *licitatio*, por sua origem, não poderia ter acepção diversa: é o ato pelo qual se lança ou

---

entende que tal pretensão não foi alcançada, prevalecendo no injusto o interesse da Administração (Ibidem, p. 252).

<sup>22</sup> PRICE WATERHOUSE, Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial. A Constituição do Brasil de 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1989. p. 331. Segundo Toshio Mukai, a norma constitucional do artigo 37, inciso XXI, contempla três comandos importantes, que visam o benefício do concorrente nas licitações, quais sejam: "a) contempla o princípio da igualdade nas licitações; b) os editais de licitações devem assegurar o cumprimento das obrigações de pagamento pelo Poder Público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (mantidas as condições efetivadas das propostas); c) as exigências para participar das licitações devem ser somente aquela que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações pelo contratado. Qualquer outra que não se contiver dentro dessa pertinência será inconstitucional" (MUKAI, Toshio. *Licitações as prerrogativas da administração e os direitos das empresas concorrentes*: segundo as leis 8.666/93 e 8.883/94. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 5).

se faz o preço, pela compra ou aquisição da coisa, em concorrência com outros interessados nesta aquisição."<sup>23</sup>

Como categoria jurídica, a licitação "é um procedimento prévio concorrencial que uma das partes institui para selecionar seu futuro contratante."<sup>24</sup> Tem-se que conforme seu instituidor, o procedimento licitatório será particular (está-se no campo do Direito Privado) ou público, quando instituído pelo Estado. "Assim, a *licitação* classifica-se em *licitação privada* e *licitação pública*, ambos procedimentos preliminares, o primeiro dependente da vontade do *dominus*, o segundo sujeito às leis do Estado, as quais disciplinam o instituto, colocando-o *fora* da alçada da *voluntas* do *administrator*, mas dentro do campo da competência deste."<sup>25</sup> O presente estudo tem por base a Lei n. 8.666/1993, a qual disciplina a licitação pública, não sendo objeto do mesmo a licitação privada.<sup>26</sup>

A licitação possui dois objetivos básicos, quais sejam: "(a) assegurar que o Poder Público contrate obras, serviços e compras com o setor privado, obtendo a maior vantagem possível no sentido de que o uso dos dinheiros públicos seja feito com parcimônia, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público;" e o outro, "b) garantir que todos os membros da coletividade tenham iguais oportunidades de contratar com a Administração, em razão do princípio da igualdade dos administrados, relevante em direito administrativo."<sup>27</sup> Depreende-se que a

---

<sup>23</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. v. III/IV. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 88-89. Sobre a raiz da palavra, vide ainda: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1211.

<sup>24</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p.14.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Apenas a título de informação, cabe dizer que a licitação privada teve tratamento jurídico anterior à licitação pública, através do Código Comercial de 1840, no artigo 489. A princípio a licitação pública foi introduzida no Direito Administrativo com a denominação de concorrência, na Lei n. 4.401/1964, terminologia esta que prevaleceu até a edição do Decreto-lei n. 200/1967, que a substituiu por licitação, passando a concorrência ser uma das modalidades desta. A concorrência por muitos anos foi regulada pelo Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, que datam de 1922 (NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p.14-15).

<sup>27</sup> MUKAI, Toshio, *Licitações e contratos públicos*, op. cit., p. 3-4. No mesmo sentido, cita-se entre outros: GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 14; NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p. 32; GASPARINI, Diogenes, *Direito administrativo*, op. cit., p. 286; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 213-214.

primeira é uma finalidade econômica, ao visar maior vantagem e a segunda é isonômica, todos tem oportunidades iguais.<sup>28</sup>

Desta forma, "A licitação é um procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*"<sup>29</sup>, que tem seu fundamento no princípio republicano, o qual abole qualquer privilégio e garante formalmente a igualdade de oportunidade de acesso a todos.<sup>30</sup> Ante a isto e aos objetivos básicos, pode-se afirmar que a licitação "Para nós é a garantia que se reserva com a finalidade de resguardar a moralidade e a probidade administrativa. Muito mais, aliás: é - a licitação - norma moralizadora imposta à Administração Pública."<sup>31</sup>

Estes objetivos estão previstos expressamente no artigo 3º da Lei em comento, que estabelece também os princípios básicos que devem orientar e julgar a licitação, que são: 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. Da expressão legal "e dos que lhes são correlatos", depreende-se que os princípios norteados não têm uma enumeração exaustiva.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> MUKAI, Toshio, *Licitações: as prerrogativas da administração e os direitos das empresas concorrentes...*, op. cit., p. 1.

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto, *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*, op. cit., p. 14. Quanto aos princípios da isonomia e interesse público: "Vale dizer: não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da *isonomia*, sacrifique-se o *interesse público*. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do *interesse público* em sacrifício da *isonomia*. Ambos, princípio do *interesse público* e princípio da *isonomia*, contemplando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório". E ainda, "Trata-se, aqui, de *composição* entre princípios. Vale dizer: jamais se encontram, no bojo desse procedimento, em situação de *conflito* (*contradição*), ou de *colisão*, *interesse público* e *isonomia*. A legitimidade do procedimento apenas será preservada na medida em que, em cada caso, inromada pelo critério (*princípio*) da *proporcionalidade*, essa *composição* seja operada" (GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 15 e 17).

<sup>30</sup> Ibidem, p. 14. A respeito do princípio da igualdade na licitação, vide também: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 116.

<sup>31</sup> CASTRO, Carlos Borges. *Desvios na licitação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 24.

<sup>32</sup> NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p. 33. O Autor aponta outros princípios extraídos do regramento positivo: o da competitividade, da adjudicação à proposta vencedora e do procedimento formal, além de sugerir que a lei introduziu o princípio do controle popular, antes ao disposto nos artigos: 4º, parte final; 7º, § 8º; 41, § 1º; 101 e 113, § 1º (NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p. 42). Diogenes Gasparini acresce além do rol básico, o princípio da competitividade, artigo 3º, inciso I, § 1º, e da padronização, artigos 11 e 15 (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo...* op. cit., p. 286-287). Assim, embora na doutrina seja pacífico que o rol dos princípios não é taxativo, há que se comentar que conforme elucidada José Valdecir Cavalini, em sua dissertação de mestrado, a referência a outros princípios não é uniforme e pode-se congregá-los em três princípios implícitos: da

Terminada a licitação, ou sendo dispensada ou inexigível, aperfeiçoa-se o contrato administrativo: "Assim, a *licitação* é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação."<sup>33</sup> A Lei em estudo, n. 8.666/93, ao tratar dos contratos firmados com a Administração Pública, faz a divisão qualificativa, considerando os contratos públicos como gênero, o qual é subdividido em duas espécies: "[...] a dos contratos administrativos, mencionados nos arts. 1º e 54 e a dos contratos 'cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado', tal como apontado no art. 62, § 3º, e que nem por isso escapam da incidência de regime obrigacional publicizado, já que a eles estendem-se certos preceitos típicos dos contratos administrativos (arts. 55 e 58 a 61)."<sup>34</sup>

A Lei n. 8.666/93 após abordar detalhadamente sobre as licitações e contratos administrativos, em seu Capítulo IV trata das sanções administrativas e da tutela penal, todavia, antes de capitulá-los, aborda na Seção I disposições gerais sobre os mesmos, nos artigos 81 a 85.

Convém mencionar que quanto ao artigo 82, ele é inteiramente inócuo, pelo fato de que "Ora, de um lado, que as sanções administrativas que a lei contempla são todas relativas à empresa licitante e/ou contratada; inexistente na lei sanção administrativa para o funcionário ou agente administrativo. De outro lado às sanções de que fala o dispositivo não podem ser de ordem penal", isto porque, especialmente, "[...] para que ocorresse o que a disposição comanda, seria necessário que a lei contemplasse dentre os dispositivos penais que criou [...] um dizendo exatamente ser crime efetuar licitações ou contratações em desacordo com os preceitos da Lei n. 8.666/93."<sup>35</sup>

---

motivação, da adjudicação compulsória e da competitividade (CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 13). Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que embora não haja uniformidade, "Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 301).

<sup>33</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro* ...op. cit., p. 265.

<sup>34</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13-14.

<sup>35</sup> MUKAI, Toshio, *Licitações e contratos públicos*, op. cit., p. 180. João Marcello diz que "Trata-se de preceito supérfluo, que, em matéria de nada, diz tudo, pois o nele se contém, nada mais é, senão a repetição do princípio geral da responsabilidade e da independência entre a responsabilidade penal, administrativa e civil" (MARCELLO, João, op. cit., p. 248).

O artigo 83 estabelece que os servidores públicos perdem o cargo, emprego, função ou mandato eletivo, quando pratica os crimes definidos na Lei, mesmo que na forma tentada. Esta redação dá a entender que o legislador fez renascer a figura da pena acessória, ou seja, além das sanções penais, tem-se a perda indicada.<sup>36</sup> Entretanto, o Código Penal brasileiro abandonou o critério de dividir em penas principais e acessórias, e o rol das penas acessórias passou a ser tratado nos efeitos da condenação<sup>37</sup>, em que no artigo 92, inciso I, consta a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. Desta forma, o artigo 83 é totalmente desnecessário frente à previsão do artigo 92 do Diploma Penal, inclusive ante a sua péssima redação, tendo-se apenas que admitir que ele inova ao prever como efeito da condenação, a perda do emprego. Vale lembrar, que o parágrafo único do artigo 92 do Diploma Penal estabelece que os efeitos da condenação nele constantes devem ser motivadamente declarados em sentença.

A previsão do artigo 85 é redundante, visto que o artigo 1º da Lei já estabelece que abrange as licitações e contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e as empresas estatais.<sup>38</sup> O conceito trazido no artigo 84 será abordado no item seguinte.

### 3 BEM JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO E SUJEITOS DO DELITO

Como já mencionado no início, os crimes na Lei n. 8.666/93 devem ser estudados sob a luz do Direito Penal, e neste sentido há que se fazer referência ao princípio da exclusiva proteção ao bem jurídico<sup>39</sup>, visto que o legislador na última década tem editado diversas leis<sup>40</sup>; entre

---

<sup>36</sup> NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p. 107.

<sup>37</sup> MARCELLO, João, op. cit., p. 249.

<sup>38</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 334.

<sup>39</sup> A respeito do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, ensina a melhor doutrina que a finalidade primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos e "Para defini-lo, o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, em razão do caráter limitativo da tutela e penal. Portanto, encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas" (PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro...*, op. cit., p. 118).

<sup>40</sup> "Enfim, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro assumiu, nos últimos tempos, um caráter experimental. É como se o País se houvesse transformado em um imenso laboratório de pesquisas de avançada tecnologia para experiências legislativas de toda a sorte, em que seus cidadãos tivessem adquirido a condição de *cobaias* - incômoda até para os pequenos animais" (BORGES, Alice Gonzáles. Inovações nas licitações e seus

ela cita-se a lei em comento; criando tipos penais, sem qualquer consonância com os princípios que regem este ramo do Direito, em especial a delimitação do bem jurídico tutelado, infringindo, inclusive, a própria função do Direito Penal.

O bem jurídico-penal possui importantes funções<sup>41</sup>, dentre elas citam-se duas que destoam nos crimes previstos na Lei n. 8.666/93. A função de garantia, que limita o direito de punir do Estado. Tal função não foi respeitada pelo legislador, visto que tipificou condutas que poderiam ser resolvidas em âmbito administrativo, "[...] o bem jurídico penal deveria ser considerado para efeito de se aferir o que efetivamente deveria ser tipificado como crime, diante de que se demonstra que o legislador, no ímpeto de proteção à Administração Pública, desconsiderou a repressão através do Direito Administrativo."<sup>42</sup> A outra função é a sistemática, que serve "como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal." Os crimes elencados nos artigos 89 a 98 da Lei n. 8.666/93, "[...] são, pois, tipos de injusto desgarrados do capítulo dos crimes contra a Administração Pública, que o nosso Código Penal contempla."<sup>43</sup> Assim, estariam mais bem localizados se tivessem sido tratados dentro deste grupo no Código Penal, sendo dessa forma a previsão do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal.<sup>44</sup>

---

aspectos constitucionais. *Interesse público*, São Paulo: Notadez, a. 2, n. 8, p. 32-43, out./dez. 2000. p. 33).

<sup>41</sup> Tem-se como as mais relevantes funções do bem jurídico: "Em suma, a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico" (PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, op. cit., p. 41).

<sup>42</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 76.

<sup>43</sup> FERNANDES, Flávio Satiro. Dos crimes licitatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 42, n. 203, p. 38-46, set. 1994. p. 40.

<sup>44</sup> É a mesma questão do bem jurídico-penal ambiente que foi tutelado em lei extravagante, por isto, novamente utiliza-se dos ensinamentos de Luiz Regis Prado: "No Brasil, deploravelmente, a matéria não foi incorporada ao Código Penal. [...] O posicionamento acima tracejado - critério *unitário* - permite obter maior unidade e harmonia, além de superior coordenação, facilitando em muito o conhecimento e a interpretação dos elementos que compõe a tipologia penal do ambiente. De conseqüência, pode-se ter uma aplicação mais uniforme e integral dos injustos penais, com possíveis reflexos em nível de eficácia. Ao contrário da dispersão normativa setorial, evita-se igualmente, o surgimento de eventuais falhas, redundância ou distorções no tratamento de condutas de similar gravidade" (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança - com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.88). Sobre o fenômeno da descodificação no Direito Penal brasileiro e suas nocivas conseqüências, vide ainda a seguinte matéria: SALES, Sheila Jorge Selim de. Parte especial do código e parte especial do Direito Penal: o problema da legislação complementar. Descodificação e

Na Lei em estudo, o bem jurídico protegido nos delitos tipificados é a Administração Pública<sup>45</sup>, que tem *status* de valor constitucional<sup>46</sup>, recebendo um tratamento sistemático dos seus princípios e normas atinentes no Capítulo VII, da Constituição de 1988, e entre eles, em seu artigo 37, XXI<sup>47</sup>, estabelece o princípio da licitação<sup>48</sup>.

recodificação. Critérios para a recodificação: novas tendências. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 1, p. 134-170, jul.-dez. 2004). Todavia, Marçal Justen Filho coloca-se na defesa da necessidade de estar a tutela penal na Lei de Licitação e Contratos Administrativos, vide: JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 626-627.

<sup>45</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 535. Na mesma posição: MARCELLO, João, op. cit., p. 247-259, 1994. p. 251; CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p.345; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres op. cit., p. 837; 840; 842; 845; 851; 857; 859; 862; 865; 867; 870; 874. Paulo José da Costa Júnior traz como objetividade jurídica nos artigos 89 a 90 e 92 é a moralidade administrativa e a lisura das concorrências; no artigo 91, a imparcialidade; no artigo 93, a boa administração pública; no artigo 94, a imparcialidade e a lisura nos procedimentos licitatórios; no artigo 95, o bom andamento da Administração Pública; no artigo 96, a tutela do erário público; no artigo 97, a moralidade administrativa; no artigo 98, a regularidade e eficiência da Administração Pública (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19; 24; 30; 35; 42; 47; 53; 57; 63; 67). Ainda sobre a objetividade jurídica, não diferenciando muito deste autor, vide ainda: GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 95; 104; 109; 118; 124; 132-133; 140; 150; 157; 165; PINHEIRO, Gisele Glozer. Crimes tipificados na lei de licitações: breves comentários. *Boletim de licitações e contratos*, São Paulo: BCL, a. 10, n. 10, p. 492- 501, out. 1997. p. 493-500. Vale comentar que o Código Penal já contemplava crimes licitatórios (artigos 326, 335 e 336) e neles o bem jurídico é a Administração Pública, vide: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 1070; 1078; 1110.

<sup>46</sup> "A Administração Pública na abrangência do seu termo, é um valor constitucional que teve sua proteção no âmbito do Direito Penal, pela criminalização de condutas mais ofensivas a este bem jurídico, para assegurar o efetivo exercício da Administração Pública na consecução de seus objetivos, no sentido de bem estar e progresso da sociedade." (CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 72).

<sup>47</sup> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." Redação dada pela Emenda n. 19/98.

<sup>48</sup> "A constitucionalização do princípio da licitação pública é imposição lógica da implantação de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*)" (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 595).

formalizando os principais pontos do seu instituto.<sup>49</sup> A própria Lei n. 8.666/93, em seu artigo 6º, XI<sup>50</sup>, define a Administração Pública, entendida esta em seu sentido abrangente.<sup>51</sup> Dentro deste quadro pode ser equiparada como "[...] um conjunto orgânico, mediante o qual temos a administração direta, indireta e fundacional das entidades federativas, submetidas aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, como também aos ditames relativos à licitação e à organização do pessoal administrativo."<sup>52</sup>

A respeito da natureza do bem jurídico-penal Administração Pública, embora haja quem defenda que se trata de bem individual, porque a proteção recairia sobre o interesse individual da Administração, "[...] que atua personalizadas na busca de condições mais vantajosas para seus contratos"<sup>53</sup>, adota-se a postura de que se trata de bem metaindividual, pois como mencionado no início, trata-se de matéria de âmbito de Direito Penal Econômico, em que se resguarda a competitividade, visando a probidade financeira e moral das negociações da Administração Pública na própria gestão da coisa pública. Há um interesse metaindividual sobre a Administração Pública, sendo que os desvios na licitação buscam burlar o interesse coletivo na defesa da moralidade<sup>54</sup>, e mais, de lisura e transparência que se espera do

---

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 894.

<sup>50</sup> "Art. 6º Para fins desta Lei, considera-se: XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas."

<sup>51</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho, op. cit., p. 85; 144.

<sup>52</sup> BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p. 549. O autor ainda conceitua a administração direta e a indireta: "A administração direta é o conjunto de órgãos ligados à estrutura do Poder Executivo de cada uma das esferas governamentais autônomas que formam a administração centralizada. Administração indireta é a que compreende os órgãos integrados nas entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas ao Poder Executivo federal (União), estadual (Estados-membros), municipal (Municípios) e distrital (Distrito Federal), que formam a administração descentralizada (Ibid., p. 557-558).

<sup>53</sup> ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. A teoria do bem jurídico e o crime contra as licitações. *Revista do tribunal de contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 29, p. 33-46. [s.l.], 1995. p. 35. Acolhendo esta posição em sua dissertação: CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 74.

<sup>54</sup> CASTRO, Carlos Borges, op. cit., p. 84. E ainda, menciona o autor ao comentar sobre o desvio do poder que: "É útil lembrar que os atos administrativos se voltam à realização dos fins de interesse público. E mais: a atividade da Administração persegue finalidade prescrita em lei e não serve a vontade de quem em seu nome age". E mais especificamente sobre o interesse coletivo e a moralidade: "De fato, a mera observância do preceito legal não é suficiente porque a distorção, o indevido uso, é factível. E a moral administrativa exige a conformação do ato não só com a lei, mas também como o interesse coletivo, inseparável da atividade administrativa" (Ibid., p. 3; 8).

Administrador do erário.<sup>55</sup> Os delitos contra a Administração Pública não atingem somente esta de forma personalizada, mas toda a coletividade que a ela está vinculada e dela usufrui, ou seja o "usuário-cidadão."<sup>56</sup>

No quadro exposto pela Lei n. 8.666/93, deve-se cuidar para não confundir o bem jurídico com o objeto da ação ou material. Este, o objeto material "[...] é o elemento (v.g. coisa móvel, no delito de furto) sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. O objeto material não é uma característica comum a qualquer delito; pois só tem relevância quando a consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior."<sup>57</sup> Desta forma, mesmo que o bem jurídico e o objeto da ação coincidam, não há que se falar em equiparação entre eles. "Portanto, embora as ações delitivas descritas na Lei n. 8.666/93 correspondem aos procedimentos de licitações públicas e aos contratos administrativos, o bem jurídico penal protegido é a Administração Pública apenas recaindo a ação delituosa sobre os procedimentos licitatórios ou contrato administrativo."<sup>58</sup>

Quanto aos sujeitos do delito, ativo e passivo, tem-se a princípio que fazer a ressalva quanto ao primeiro, o qual apenas pode ser a pessoa física, por ser ela quem pratica a ação ou omissão tipificada na norma penal, isto porque, a conduta (enquanto ação/omissão, elemento do crime) é produto do homem, por implicar "[...] *no poder de decisão pessoal* entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo

---

<sup>55</sup> Celso Ribeiro Bastos ao explicar que a Administração Pública deve sempre cumprir os fins ditados pela ordem jurídica, afirma: "É por esta razão que administrar é realizar atividade na condição de quem não é dono, mas tão-somente cuida, zela pelos interesses do dono ou senhor" (BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 58).

<sup>56</sup> Carlos Pinto Coelho Motta ao comentar sobre as patologias do procedimento licitatório afirma que: "O que se pretende enfatizar, a partir destes exemplos de distorção e fraude ao processo licitatório, é simplesmente a responsabilidade de uma nação diante de seus problemas". Em seguida, ao tratar da meta da eficácia, enfatiza que o destinatário último da atividade administrativa é o usuário-cidadão (MOTTA, Carlos Pinto Coelho, op. cit., p. 12). Numa analogia a relação de consumo, convém reproduzir os ensinamentos de Eduardo Reale Ferrari: "O objeto de tutela figura-se, assim, destinado a um número determinado de pessoas - denominados consumidores -, que no caso da relação de consumo constitui obrigatoriamente o destinatário final do produto ou do serviço prestado [...]" (FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e Constituição Federal brasileira. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 1, p. 275294, jul.-dez. 2004. p. 276). Neste sentido, pode-se equiparar ao consumidor o usuário-cidadão nos delitos da Lei n. 8.666/93.

<sup>57</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro...*, op. cit., p. 119.

<sup>58</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 75.

inerente às pessoas naturais."<sup>59</sup> Portanto, nos delitos da Lei n. 8.666/93, somente é sujeito ativo do delito o ser humano (pessoa física imputável) que, no caso, pode ser praticado por servidores públicos e particulares. "Quase a totalidade destes crimes são próprios<sup>60</sup>, ou especiais, isto é, dependem da qualidade jurídica de servidor público – *intranei* –, embora possa haver concurso de pessoas, com o particular – *extranei*."<sup>61</sup>

A respeito do conceito de servidor público anteriormente disposto no Código Penal no artigo 327<sup>62</sup>, foi redefinido pelo artigo 84 e § 1<sup>o</sup><sup>63</sup> da Lei em comento, num erro do legislador, haja vista que o conceito disposto no Diploma Penal abrange todas as disposições contidas neste e em leis penais extravagantes.<sup>64</sup> Todavia, com esta nova previsão, para efeitos de crimes dispostos na Lei n. 8.666/93, que trata de licitações e contratos administrativos, não se aplica mais o conceito previsto no artigo 327 do Código Penal, mas o do artigo 84 e § 1<sup>o</sup> da Lei. É um conceito bastante ampliado, sendo servidor também quem "[...] exerce, transitoriamente ou sem remuneração, *cargo, função ou emprego público*. Dê outra parte, *equipara-se* (portanto, não é servidor, mas sim

---

<sup>59</sup> DOTTI, René Ariel. Os atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 2, n. 7, p. 117-139, jul./set. 1994. p. 125.

<sup>60</sup> "São crimes funcionais (também chamados, impropriamente, "de responsabilidade") aqueles em que a qualidade de funcionário público é elemento constitutivo ou condição de maior punibilidade. Podem ser próprios ou impróprios. *Próprios* são aqueles em que a qualidade de funcionário é essencial para que o fato constitua infração penal: sem ela, ação seria penalmente irrelevante. [...] *Impróprios* são os crimes funcionais em que o fato seria igualmente criminoso (a outro título) se não fosse praticado por funcionário e nos quais esta qualidade do agente apenas aumenta a gravidade do delito (exs: peculato, violência arbitrária etc)" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*: edição universitária, v. II. 6. ed. rev. e atual. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 402).

<sup>61</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 78. Especificando sobre quem vem a ser sujeito ativo *intraneus* e *extraneus*, ver especialmente: COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 19-20; 26; 33; 37-38; 44-45; 49-50; 53-54; 60; 64; 69-70). Trata-se de crime próprio, cita-se também: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres op. cit., p. 837.

<sup>62</sup> "Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1<sup>o</sup> Equipara-se a funcionário quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem, trabalha para empresa prestadora de serviço público contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública."

<sup>63</sup> "Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta lei, aquele que exerce, mesmo transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público. § 1<sup>o</sup> 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."

<sup>64</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 403-404.

equiparado) quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal (a lei neste caso, absorveu o art. 37 da CF)."<sup>65</sup>

Nos delitos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos são admitidas a co-autoria e a participação.<sup>66</sup> Nos crimes próprios desta Lei, pode haver concurso de pessoas com o particular, "[...] desde que, de qualquer modo, concorra para o crime, comunicando-se-lhe as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, no caso o *status* de funcionário público, já que, sem esta qualidade do agente, não se perfaz alguns dos tipos previstos. [...] Não conhecendo o *status* do autor, o partícipe não comete crime algum."<sup>67</sup> Têm-se como crimes próprios os artigos: 89, *caput*, 91; 92, *caput*, primeira parte: 97, *caput*; e 98.<sup>68</sup>

O sujeito passivo corresponde à vítima que é o titular do bem jurídico lesado. Pode ser pessoa física ou jurídica, o capaz ou incapaz, a coletividade, o grupo, o Estado, a Comunidade Internacional, enfim. "Noutro dizer: aquele que tem a titularidade do bem jurídico protegido pena norma penal."<sup>69</sup> Nos delitos em comento a titularidade repousa no Estado<sup>70</sup>, "[...] personificado na pessoa jurídica sujeita às normas de licitação da lei,"<sup>71</sup> de forma direta, bem como a coletividade também figurará como sujeito passivo, porém, de modo reflexo, indireto, por

<sup>65</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 106. No mesmo sentido, vide ainda: MUKAI, Toshio, *Licitações as prerrogativas da administração...*, op. cit., p. 58. Milton A. de Brito Nobre critica a nova lei de ter usado de maneira confusa as expressões *agentes administrativos* e *servidores públicos*, afirma que tal confusão decorreu do afã de responsabilizar administrativa e criminalmente todos aqueles que agem pela administração pública. A confusão está nos artigos 82 e 83 e 84, *caput* e § 1º. E diz, "Ora, como a expressão *agentes administrativos* é mais ampla do que a expressão *servidores públicos* (NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p.106).

<sup>66</sup> GASPARI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 28-30.

<sup>67</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 79-80. A título de ilustração, citam-se os sujeitos ativos do artigo 91, expostos por Paulo José da Costa Júnior: "Sujeito do delito haverá de ser o funcionário público que patrocina interesse privado perante a Administração Pública. [...] O particular (*extraneus*) poderá participar do delito, auxiliando o *intraneus* na prática ilícita, induzindo-o ou instigando-o a ela". COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 33.

<sup>68</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 80.

<sup>69</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro...*, op. cit., p. 216.

<sup>70</sup> STOCO, Rui. *Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial*. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). 7. ed. rev. atual. ampl., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 2555-2556; 2563; 2566; 2572; 2575; 2581; 2584; 2588; 2591; 2594. Nos tipos previstos no Código Penal contra a Administração Pública já era considerado pela doutrina o Estado o titular do bem jurídico, como exemplo, vide: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*: edição universitária, v. I - arts. 121 a 212 do CP. 1. ed. rev. e atual. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 14

<sup>71</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 12.

tratar-se de um bem supraindividual, em que a ofensa atinge o interesse de todo cidadão-usuário.<sup>72</sup> E ainda, em determinados crimes, de forma subsidiária, admi-ti-se também o licitante/particular que tem seu direito na licitação ofendido (como por exemplo nos artigos 92 e 94).<sup>73</sup>

#### 4 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Os tipos penais incriminadores que protegem a Administração Pública nas licitações e contratos administrativos constantes na Lei n. 8.666/93, artigos 89 a 98, embora topograficamente inadequados<sup>74</sup>, vieram oportunamente adequar os tipos penais constantes no Código Penal com a normatização administrativa, "[...] com o incremento de figuras típicas, criando novos tipos penais específicos, transportando e adequando terminologicamente alguns dos tipos então previsto na Parte Espacial do Código Penal."<sup>75</sup>

O artigo 89, considerado um dos mais importantes e “[...] viga mestra do sistema repressivo estabelecido pela Lei de Licitações [...]”<sup>76</sup> prevê a conduta delituosa de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incorrendo na mesma pena aquele quem concorrer para a consumação da ilegalidade ou dela se beneficiar para celebrar contrato com o Poder Público, conforme seu parágrafo único. Desta forma, em crime autônomo o legislador estabelece a co-participação criminosa, valendo comentar que a redação deste parágrafo fere o princípio da certeza do direito, visto que “O tipo penal é de contornos fluídos e indecisos, sem precisar a modalidade de concurso ou o grau do benefício auferido.”<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> Carlos Pinto Coelho Mota explica que “Os crimes contra licitação e contratação são considerados ilícitos de duplas sujeição passiva, quais sejam: os bens e valores da Administração e o interesse da própria coletividade” (MOTA, Carlos Pinto Coelho, op.cit., p. 537). Luciano Santos Lopes diz que os crimes cometidos nas licitações atingem toda uma coletividade (LOPES, Luciano Santos, op. cit., p. 3).

<sup>73</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres op. cit., p. 851; 860. Admitindo o sujeito passivo secundário, cita-se dentre outros: STOCO, Rui, op. cit., p. 2563; COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 26; GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 27; CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 82; PINHEIRO, Gisele Glozer, op. cit., p. 498.

<sup>74</sup> A respeito, vide p. 14.

<sup>75</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 79-80.

<sup>76</sup> STOCO, Rui, op. cit., p. 2556.

<sup>77</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 23.

O delito tipificado no artigo 90 consiste em "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". Importa ressaltar que "Se os concorrentes, além de fraudar a licitação, oferecerem vantagem ilícita ao administrador, que a aceita, apresentam-se os crimes de corrupção ativa e passiva, que absorvem o presente ilícito, por serem mais graves."<sup>78</sup>

E o artigo 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". É a denominada advocacia administrativa. Todavia, convém esclarecer que embora haja ilustres doutrinadores que defendem que será impossível promover a aplicação da norma<sup>79</sup>, visto que o agente deverá ter consciência de que o contrato virá a ser invalidado por decreto do Poder Judiciário<sup>80</sup>, não se comunga de tal posicionamento, visto que esta invalidação não faz parte do tipo penal, embora nele conste, mas sim, trata-se de uma condição objetiva de punibilidade, a qual será analisada no item que aborda sobre as penalidades.

Em relação à conduta do artigo 92, corresponde 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, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei"<sup>81</sup>, incidindo, como prevê o seu parágrafo único, 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.

Como diz a doutrina: "o art. 93 apertou mais o cerco ao tipificar o impedimento, a perturbação ou a fraude no tocante a realização *de qualquer ato de procedimento licitatório*."<sup>82</sup> Entretanto, é um tipo muito genérico, não especificando qual o ato inicial do procedimento licitatório, reportando-se em mencionar apenas uma expressão vaga, "qualquer ato",

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 26.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 631.

<sup>80</sup> Vide: JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 631; COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 34; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 22.

<sup>81</sup> Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994.

<sup>82</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 107.

que enseja dúvidas exegéticas<sup>83</sup>, ferindo, assim, o princípio da legalidade, na sua vertente da taxatividade.

No artigo 94, trata do devassamento do sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. Há quem considere como um exemplo típico de crime impossível, veja-se "Nos termos da Lei federal Licitatória, poder-se-ia exemplificar esse crime com o devassamento do sigilo de proposta (art. 94) apresentada em procedimento licitatório, sem tocar no invólucro que a contém, valendo o agente de poderes paranormais."<sup>84</sup> O crime impossível configura-se quando a "[...] ação do agente é dirigida contra invólucro lacrado e entregue, sob protocolo, a servidor responsável pela sua guarda em processo licitatório, que não contém proposta alguma."<sup>85</sup> Todavia, ressalvadas as devidas proporções, o delito tipificado é possível de ser configurado, visto que tem como núcleo o verbo devassar, que significa tomar conhecimento de proposta alheia, violá-la ainda que parcialmente, o que pode ocorrer com a abertura do envelope. Vale apontar que "se os concorrentes ao certame relevarem, entre eles, as propostas apresentadas, estarão violando o art. 90 da presente lei."<sup>86</sup>

Há também a conduta de "afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo", prevista no artigo 95, e a mesma pena para a conduta do parágrafo único: quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Referente ao oferecimento de vantagem, corresponde a uma forma de corrupção, "[...] que a imprensa brasileira costuma chamar de 'suborno' e que não é crime em si mesmo."<sup>87</sup>

Outra das condutas mais importantes tipificadas é a do artigo 96<sup>88</sup>, que consiste em "fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente", citando nos incisos as hipóteses legais, que são: elevando arbitrariamente os preços; vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; entregando uma

---

<sup>83</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 42.

<sup>84</sup> GASPARINI, Diógenes, op. cit., p. 20.

<sup>85</sup> Id.

<sup>86</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 48.

<sup>87</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 45.

<sup>88</sup> Denominado de "estelionato licitatório", por ser a conduta básica "fraudar", que é agir por meio de trapaça, de engano, de ardis na licitação instaurada ou contrato dela decorrente (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 151).

mercadoria por outra; alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Cumpra-se observa que o artigo 96 é considerado o crime mais grave da Lei, visto que a conduta causa prejuízo à Fazenda Pública, bem como tem-se que alertar que "As condutas nele descritas assemelham-se às previstas na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, quanto às relações de consumo, mas não interferem com elas porque em face da Administração relativamente a licitação ou contrato de aquisição ou venda de bens ou mercadorias."<sup>89</sup>

A respeito da hipótese do inciso I, do artigo 96, que corresponde a elevação arbitrária dos preços, existe o entendimento de que a norma é inconstitucional, por ofensa a garantia de propriedade e livre concorrência<sup>90</sup>, todavia, não se pode ficar simplesmente no inciso, deve-se analisar o *caput*, o qual tem como núcleo o verbo fraudar, assim, a lei pune a elevação arbitrária de preços mediante fraude, não a mera conduta de elevar arbitrariamente os preços.<sup>91</sup> E ainda sobre as hipóteses elencadas nesse dispositivo, questiona-se também a constitucionalidade do inciso V, "tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato", alegando-se ofensa ao princípio da legalidade e da tipicidade, por prever a prática de qualquer conduta danosa à Administração como delito.<sup>92</sup> Tal como no inciso anterior, não é qualquer conduta danosa que o legislador está tipificando como crime, mas a realizada com fraude. Todavia, é certo que esta hipótese abrange as demais, por ser abrangente e genérica.

---

<sup>89</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 51. Renato Geraldo Mendes também relaciona o artigo 96 com o Código de Defesa do Consumidor (MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada de acordo com a lei n. 8.666/93*. 3. ed. ampl. rev. atual. Curitiba: Znt editora, 1998. p. 147, nota 1042). Toshio Mukai destaca o artigo 96, como hipótese legal de superfaturamento, em especial, por contemplar exatamente a elevação arbitrária dos preços. E diz que é um artigo que "veio em boa hora, posto que, salvo hipóteses passíveis de serem abrangidas pelo Código do Consumidor (Lei n. 8078, de 11.09.1990), a Administração sempre esteve a descoberto, em relação aos maus fornecedores, já que o legislador nunca se preocupou com as hipóteses de entregas de serviços, obras e fornecimentos fora das especificações, malfeitas, ou, até mesmo, trocadas as mercadorias (MUKAI, Toshio, *Licitações as prerrogativas da administração...*, op. cit., p.60-61).

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 634-635.

<sup>91</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 151. Se a elevação do preço não for arbitrária, não há crime, ainda que cause prejuízo, neste caso será inadimplemento contratual no plano administrativo ou civil (STOCO, Rui, op. cit., p. 2589).

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 635. Concordando com este autor: NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p. 115.

Importa explicar que o artigo 96 apresenta concurso aparente com a fraude que compõe os artigos 90, 93 e 95, "Entretanto, com base no princípio da especialidade, se a fraude aplicada for alguma das descritas nestes cinco incisos, será o dispositivo *sub examine* que irá reger a hipótese fática."<sup>93</sup>

A conduta do artigo 97 consiste em "admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo" e a do seu parágrafo único, quando o agente, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração Pública. A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, é uma das hipóteses enumeradas no artigo 87<sup>94</sup> da Lei, como sanção administrativa. É a mais grave sanção na via administrativa, que um licitante pode receber.<sup>95</sup> Para a configuração do tipo, não faz diferença se esta declaração foi dada com acerto ou não pela Administração, basta que ela tenha sido dada.<sup>96</sup>

Argumenta-se que o parágrafo único do artigo 97 é inconstitucional, por ferir os princípios da isonomia e proporcionalidade, visto que restringe a punição apenas para o declarado inidôneo, não tipificando condutas similares, como o que teve suspenso seu direito de licitar, o que acarreta o descabimento de reservar a punição penal para apenas essa.<sup>97</sup>

Por fim, o artigo 98, prevê como delito "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". Os artigos 34 a 37 da mesma Lei, abordam sobre os registros cadastrais, sendo a norma do artigo 98 sancionatória das regras neles enumeradas.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 60

<sup>94</sup> "Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior."

<sup>95</sup> MUKAI, Toshio, *Licitações as prerrogativas da administração...*, op. cit., p. 61.

<sup>96</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 62.

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 636.

<sup>98</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 66-67.

Desta forma, verifica-se que o artigo 321 do Código Penal foi derogado pelo artigo 91 da Lei 8.666/93, por ser mais específico<sup>99</sup>; igualmente quanto ao artigo 325, pelo artigo 94, se a revelação for referente a proposta apresentada em procedimento licitatório; já o artigo 326 foi revogado pelo artigo 94<sup>100</sup>; bem como o artigo 335, pelos artigos 93 e 95.<sup>101</sup>

O tipo penal é formado por elemento objetivo e subjetivo. Referente a estrutura do tipo subjetivo, nos delitos em comento, apenas há o dolo, direto ou eventual, não havendo previsão da modalidade culposa.<sup>102</sup> Todavia, há delitos e nessa Lei o disposto no artigo 90, que além do dolo é exigido outro requisito de caráter subjetivo, denominado de elemento subjetivo do injusto, que no caso é "[...] o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação", esta previsão normativa demonstra ser o um delito de intenção.<sup>103</sup> O parágrafo único do artigo 89, exige também o elemento específico, além do dolo genérico, que vem a ser "concorrer para a ilegalidade, na celebração de contrato com o Poder Público."<sup>104</sup> A respeito do artigo 92, pode-se falar em elemento subjetivo do injusto no que tange ao contratado, "Estaria este representado pela intenção de obter

---

<sup>99</sup> Todavia, critica-se que a diferença entre o dispositivo do artigo 321 e do artigo 91 reside na sanção penal, que se não fosse esta, por ser o mesmo tipo, a nova previsão torna-se desnecessária e redundante (STOCO, Rui, op. cit., p. 2568).

<sup>100</sup> "Enquanto o art. 94 prevê a devassa de 'sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório', o estatuto penal se referia somente à devassa de 'sigilo de proposta de concorrência pública', que é uma das modalidades de licitação. [...] Andou bem a lei das licitações em assim proceder, já que a expressão normativa atual é mais abrangente" (COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 47).

<sup>101</sup> Cf.; PRADO, Luiz Regis, *Comentários ao código penal...*, op. cit., p. 1071; 1077; 1078; 1111. Neste sentido, exceto quanto a derrogação do artigo 325 pelo artigo 94, vide dentre outros: GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 4-7; COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 29; 41-42; 47; STOCO, Rui, op. cit., p. 2566; 2676-2578; 2581; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 846; 858; 860; 863.

<sup>102</sup> Os crimes na forma culposa devem estar expressamente tipificados, consoante dispõe o artigo 18, parágrafo único do Código Penal, o que não aconteceu nos artigos 89 a 98 da Lei de Licitação e Contratos Administrativos, podendo apenas responder administrativamente. Desta forma, "Se o agente descumpriu a formalidade por culpa em sentido estrito, estará sujeito à responsabilização administrativa, mas não terá cometido um crime" (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 628). Com a mesma observação: PINHEIRO, Gisele Glozer, op. cit., p. 494.

<sup>103</sup> Ensina a doutrina: "*Delitos de intenção* - São delitos de tendência interna transcendente [...]. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente: um especial *fim* de agir" (PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro...*, op. cit., p. 298-299).

<sup>104</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 21. No mesmo sentido: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 841; JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 630; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 58.

a vantagem indevida, ou benefício injusto, consistente nas modificações ou prorrogações contratuais.<sup>105</sup>

Cumpra-se mencionar que há autores que consideram no artigo 96, a expressão "em prejuízo da Fazenda Pública", exige como elemento subjetivo do injusto a intenção de causar este prejuízo<sup>106</sup>, entretanto ousa-se discordar deste posicionamento, por entender que é elemento normativo do tipo.<sup>107</sup>

E por fim, no artigo 98, há quem defenda que os termos "injustamente" e "indevidamente" são elementos subjetivos especiais do injusto<sup>108</sup>, todavia, novamente, não se concorda com esta posição, por entender como elemento normativo do tipo objetivo. Somente a título de argumentação, da mesma forma, porém implicitamente, está contido no artigo 93 o elemento normativo "sem justa causa" ou "indevidamente" quanto ao núcleo impedir e perturbar, visto que, como leciona a doutrina, há casos legítimos e necessários de perturbação do procedimento licitatório, como a utilização do mandado de segurança.<sup>109</sup>

Adentra-se, então, a estrutura objetiva dos tipos em estudo. Tem-se na Lei n. 8.666/93 poucos os artigos que são formados por tipos simples, quais sejam: 89, 2ª parte, 91 e 92, segunda parte; os demais artigos compõem-se de tipo misto alternativo: 89, 1ª parte, 90, 93 ao 98; sendo o artigo 92, 1ª parte, tipo misto cumulativo. Há tipos derivados, que estão previstos no parágrafo único do artigo 89, 92, 95 e 97, sendo os outros tipos básicos. Em todos esses tipos penais há elementos objetivos e normativos (aliás, grande é o número destes), sendo, portanto, tipos anormais.<sup>110</sup> A este respeito, tem-se que "Os tipos penais são anormais, por conterem dispositivos de natureza penal e de Direito Administrativo,

<sup>105</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 39. Todavia, há quem entenda ser apenas dolo genérico, vide: GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 33.

<sup>106</sup> Nesta linha: COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 61; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 869.

<sup>107</sup> Rui Stoco também entende que é elemento normativo e indispensável à caracterização do delito, tendo o prejuízo uma abrangência muito ampla, podendo ser direto como indireto. Quanto ao elemento subjetivo do tipo, basta o dolo, que é a vontade consciente e livre de elevar preços, adulterar mercadorias ou entregar coisa diversa (STOCO, Rui, op. cit., p. 2589-2590).

<sup>108</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 151.

<sup>109</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 35.

<sup>110</sup> "Assim, os tipos penais apresentam elementos como 'licitação' e 'contrato', empregado em quase todos os tipos; e outros como 'formalidades', artigo 89; 'adjudicação', 'ajuste', 'combinação' e 'outro expediente', artigo 90; 'fatura', 'licitante', 'registros cadastrais', 'adjudicatório', 'Poder Público', 'instrumentos contratuais', 'contratado', e 'vantagem', artigo 95, 'bens ou mercadorias', artigo 96, 'empresa' e 'profissional', artigo 97; e 'registros cadastrais' e 'indevidamente', artigo 98" (CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 87):

havendo, assim, conjugação de conceitos extrapenais. O intérprete, ao examinar tais conceitos, deve ater-se ao rigor técnico-administrativo."<sup>111</sup>

Embora se esteja analisando a estrutura objetiva do tipo, há que se comentar que no tipo há elementos que são verdadeiras causas de justificação, que apesar da conduta ser típica, ela será considerada lícita.<sup>112</sup> Assim, no artigo 89, há a previsão "fora das hipóteses previstas em lei", que no caso seriam as hipóteses de dispensa da licitação elencadas taxativamente nos artigos 17 e no 24 e de inexigibilidade, de forma exemplificativa, no artigo 25.<sup>113</sup> Também está prevista no artigo 92, "sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais", ou seja, "[...] não de ser modificações e vantagens não autorizadas em lei nem previstas no instrumento convocatório ou no contrato."<sup>114</sup>

Esses dois tipos penais em comento são normas penais em branco.<sup>115</sup> O artigo 89 é uma norma penal em branco imprópria, visto que seu complemento está na mesma lei, nos artigos 17, 24 e 25, quando se trata da primeira parte do dispositivo das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade, e no artigo 26 para a segunda o qual trata das formalidades de dispensa.<sup>116</sup> Já o artigo 92, 1ª parte, precisa do complemento do artigo 57 da mesma lei, o qual trata da duração dos contratos que estão adstritos à vigência dos créditos orçamentários nele constantes, bem como o disposto em lei orçamentária.<sup>117</sup>

Passa-se para a verificação das classificações do delito nos tipos previstos na Lei n. 8.66/93.<sup>118</sup> São todos delitos que não se prolongam no

---

<sup>111</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 148.

<sup>112</sup> "As causas de justificação contêm um preceito autorizante ou permissivo. Podem ser definidas como sendo particulares situações diante das quais um fato, que de outro modo seria delituoso, não o é porque a lei o impõe ou o consente" (PRADO, Luis Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 314-315). Paulo José da Costa Júnior, ao comentar o artigo 89, apresenta como causas excludentes de tipicidade (COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 2-18). Todavia, não se comunga desta posição, por se entender que são causas de justificação que condicionam a ilicitude ou não da conduta.

<sup>113</sup> GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 95.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 114. Explica este autor que o termo lei deve ser entendido em sentido amplo, o instrumento convocatório é o edital e a carta-convite e, por fim, o contrato é o documento formalizado entre as partes contratantes (Id).

<sup>115</sup> Há que se considerar que nos crimes na licitação, por ser esta do âmbito do Direito Administrativo, a relação entre este e o Direito Penal é intensa, e isto reflete nos dispositivos dispostos.

<sup>116</sup> NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p.111.

<sup>117</sup> Comentado sobre a norma penal em branco na Lei n. 8.666/93, vide dentre outros: CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 88-91.

<sup>118</sup> Dentro da teoria jurídica do delito, este possui diversas classificações, todavia serão apontadas apenas aquelas encontradas dentro dos artigos 89 a 98 da Lei n. 8.666/93.

tempo, mas encerram-se com a consumação, por isto, são hipóteses de crimes instantâneos, não permanentes.<sup>119</sup> Em sua maioria, são crimes comissivos, porém há delitos omissivos impróprios, que são: o artigo 89 (em suas três modalidades: dispensar, inexigir ou deixar de observar<sup>120</sup>), o artigo 94, 2ª parte ("proporcionar a terceiro o ensejo de devassar a proposta apresentada. Tal modalidade poderá apresentar-se sob a forma comissiva ou omissiva"<sup>121</sup>) e o parágrafo único do artigo 95 (em que o licitante "se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida"<sup>122</sup>).

Ainda sobre as espécies, nos artigos penais da Lei de Licitação há delitos de perigo e de dano<sup>123</sup>, como de mera conduta. São delitos de dano

---

<sup>119</sup> GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 15.

<sup>120</sup> Jessé Torres Pereira Júnior entende que apenas é crime omissivo na última conduta, nas duas primeiras é delito comissivo, desta forma admite a tentativa para estas, exceto para a omissão (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 838-839). Da mesma forma Rui Stoco também defende ser comissivo nas duas primeiras, porém não aceita a tentativa, por, a seu ver, ser delito instantâneo e se consuma com o ato (STOCO, Rui, op. cit., p. 2560). De outro lado, Hely Lopes Meirelles argumenta ser crime formal na primeira parte, consumando-se com a mera dispensa ou inexigibilidade, sendo que no subtipo, isto não ocorre, visto que exige a efetiva contratação com o Poder Público (MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 148).

<sup>121</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 48.

<sup>122</sup> Paulo José da Costa Júnior critica a redação legislativa, no sentido da mesma se mostrar redundante, visto que quem se abstém de apresentar a proposta, diz o autor, é porque desistiu de licitar, e conclui: "O que se poderia talvez sustentar é que a omissão de participar vem antes da desistência, ou seja, a desistência importa num início de participação da qual se vem ao depois desistir" (COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 55).

<sup>123</sup> Vale apontar a diferença entre o crime de dano e de perigo: "Crime de dano é aquele que para ocorrer a consumação é necessária a superveniência da lesão efetiva do bem jurídico. A ausência desta pode caracterizar a tentativa ou um indiferente penal, como ocorre com os crimes materiais (homicídio, furto, lesão corporal)"; já o "Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1, 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 146). Os crimes de perigo dividem-se em: "*delito de perigo concreto*: o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado [...] e *delito de perigo abstrato*: o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, inerente à ação, não necessitando de comprovação [...]" (PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro...*, op. cit., p. 210). Todavia, há autores que entendem que o delito de perigo abstrato é perigoso em um Estado de Direito e Social, e dentre eles cita-se Eduardo Reale Ferrari, que explica sua posição dentro das relações de consumo: "Quanto à classificação das infrações consumeristas, consideradas criminais, teimam a doutrina e o legislador em adotarem a via penal como solução mágica para as relações interpessoais, classificando os tipos penais em condutas de perigo abstrato (arts. 63, § 1º, 64, 65 e 73), não exigindo sequer que a conduta demonstre a existência de um efetivo perigo, havendo uma presunção *iuris et iuris*, emergindo a punição diante da simples realização da conduta, não sendo necessária sequer a demonstração da probabilidade de qualquer dano, o que, ao nosso

os artigos: 90, 91,<sup>124</sup> parágrafo único do 92, 93,<sup>125</sup> 96 e a 2ª parte do 98<sup>126</sup>; sendo de mera conduta a 1ª parte do artigo 98, ou seja, com a mera ação de obstar ou dificultar. E como crimes de perigo os artigos 89<sup>127</sup> e 92<sup>128</sup> (ambos como perigo abstrato) e artigos 95 (como perigo concreto).<sup>129</sup> Além destes, o artigo 94 também é de perigo abstrato<sup>130</sup>. E ainda, quanto ao parágrafo único, do artigo 89, é delito de dano, visto que se consuma com a obtenção da vantagem indevida pelo agente, através do contrato com o Poder Público, sendo necessária prova cabal e indiscutível da participação do particular na conduta ilícita cometida pelo servidor público<sup>131</sup>. Vale destacar o artigo 97, considerado por uns como crime de mera conduta<sup>132</sup> ou como de crime de perigo,<sup>133</sup> todavia, entende-se ser um delito de perigo abstrato que se consuma com a mera atividade.<sup>134</sup>

---

ver, é perigoso em um Estado Democrático e Social de Direito" (FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 277).

<sup>124</sup> José Cretella Júnior entende ser delito de perigo, não precisando de dano econômico para sua configuração, bastando o perigo funcional, originado pela violação do dever de ofício (CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 353).

<sup>125</sup> José Valdecir Cavalini defende ser um crime de perigo, bastando a conduta, independentemente do prejuízo (CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 92). Todavia, ousa-se discordar do nobre colega, por entender, conforme leciona Paulo José da Costa Júnior, que é crime material, de resultado concreto, bastando para a sua configuração a conduta descrita no tipo, não se indaga se houve prejuízo, o que configuraria o exaurimento do crime (COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 44).

<sup>126</sup> Novamente aqui José Valdecir Cavalini defende ser um crime de perigo (CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 93). O que não é acatado, ficando-se com a exposição no texto, dada por Paulo José da Costa Júnior, em que na 2ª parte o crime se consuma quando da alteração, suspensão ou cancelamento se fizerem no registro cadastral, já na 1ª parte, com a mera ação (COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 70)

<sup>127</sup> João Marcello entende ser crime de dano, um dano *sui generis*, embora admita que há uma forte aparência de crime de perigo abstrato, e explica: "Este é causado ao próprio interesse de regularidade, transparência e licitude da atividade administrativa e não ao interesse patrimonial da Administração" (MARCELLO, João, op. cit., p. 256). Todavia, acolhe-se à posição de ser crime de perigo abstrato, que "Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Se este advier, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, § 2º" (COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 20). Nesta posição, dentre outros, cita-se: GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 58; NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p.112.

<sup>128</sup> Vicente Greco Filho defende ser delito de resultado (GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 32).

<sup>129</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 20; 26; 33; 38; 44; 55; 60; 70.

<sup>130</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 92-93.

<sup>131</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 841.

<sup>132</sup> Cita-se: GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 17; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 871).

<sup>133</sup> Vide: COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 64; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 58.

<sup>134</sup> Convém explicar que há uma similitude ente o delito de mera atividade e o delito de perigo abstrato, que repousa exatamente no fato de que em ambos basta a

Quanto à consumação dos delitos em questão, tem-se que não se admite a tentativa nos artigos 89 (por ser omissivo, não se configura a forma tentada), artigo 95 e parágrafo único (este por ser omissivo, aquele por ser de perigo), artigo 97 (por ser de perigo) e artigo 98, 1ª parte (por ser crime de mera conduta); e a forma tentada é admitida nos artigos: 90,<sup>135</sup> 91,<sup>136</sup> 92 e parágrafo único, 93, 94, 96, 98, 2ª parte.<sup>137</sup> Além destes artigos, a tentativa é aceita nos parágrafos únicos dos artigos 89 e 97.<sup>138</sup>

## 5 PENA E AÇÃO PENAL

As penas cominadas aos tipos previstos na Lei n. 8.666/93 são todas penas privativas de liberdade, na espécie de detenção<sup>139</sup> cumulada com a multa. E ainda, em sua grande maioria, são todas com margens penais máximas de quatro anos, salvo o artigos 89 e parágrafo único, cuja pena de detenção é de 3 (três) a 5 (cinco) anos; e o artigo 96, de 3 (três) a 6 (seis) anos. Assim, exceto estes dois dispositivos que podem levar ao início do cumprimento da pena pelo condenado em regime semi-aberto, por serem superior a quatro anos, nos demais casos<sup>140</sup>, desde que não reincidente, a pena poderá ser cumprida, desde o início, em regime

---

comprovação do comportamento, que os consuma e lesiona o bem jurídico (PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente...*, op. cit., p. 142).

<sup>135</sup> Hely Lopes Meirelles não admite a tentativa, ante a existência da condição objetiva de punibilidade (MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 150). Todavia, como adiante será trabalhada, a condição objetiva de punibilidade não faz parte do conceito de delito, diferente da tentativa, em que a conduta, o início da execução, é analisado dentro dos elementos do conceito desse.

<sup>136</sup> Jessé Torres Pereira Júnior afirma ser inadmissível a tentativa no artigo 91, "ante a elementar condicional de invalidação do ato por decisão judicial, pois tal circunstância pressupõe o integral esgotamento do processo execução" (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 847). Todavia, Rui Stoco argumenta que a tentativa é possível, pois se trata de crime que exige resultado físico, bem como por ser crime comissivo, exige um *inter criminis* ou um fracionamento (STOCO, Rui, op. cit., p. 2571).

<sup>137</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 20; 27; 33; 38; 44; 50; 56; 60; 70; 71.

<sup>138</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 841; 873. Todavia, quanto ao parágrafo único do artigo 97, Hely Lopes Meirelles entende que não é possível, visto que está condicionado à consumação (MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 151).

<sup>138</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 841; 873.

<sup>139</sup> Na Lei em estudo, não há previsão da pena privativa de liberdade na espécie de reclusão.

<sup>140</sup> Os demais artigos prevêem as seguintes penas de detenção: Art. 90, de dois a quatro anos; Art. 91, de seis meses a dois anos; Art. 92, de dois a quatro anos; Art. 93, de seis meses a dois anos; Art. 94, de 2 dois a 3 três anos; Art. 95, de dois a quatro anos, além da pena correspondente à violência; Art. 97, de seis meses a dois anos; Art. 98, de 6 seis meses a dois anos. '

aberto, nos termos do § 2º, *a*, artigo 33, do Código Penal. Há que se destacar que a pena do artigo 95 pode ser aumentada pela correspondente violência.

Cabe a suspensão condicional da pena em quase todos os delitos tipificados, visto as margens penais mínimas são de dois anos ou seis meses,<sup>141</sup> exceto para os artigos 89 e 96, cuja pena mínima é de três anos. No mesmo sentido, a conversão em pena restritiva de direito,<sup>142</sup> que apenas pode não ser admitida nestes dois artigos, visto que suas margens penais máximas são superiores a quatro anos, ou seja, de cinco e seis anos, respectivamente, bem como no artigo 95, se for cometido por violência. Dentre as espécies da pena restritiva de direito, mais relacionada aos delitos em comento está a interdição temporária de direito que, por sua vez, dentre as modalidades previstas no artigo 47, tem-se no inciso I: "proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo."

Ainda sobre a conversão das espécies penais, há um flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, pois a pena mínima do artigo 89 é três vezes maior que a da pena prevista ao delito de corrupção passiva (delito este muito mais grave), que tem como margem penal mínima de um ano de reclusão, permitindo a suspensão e a substituição pela prestação de serviços à comunidade, condições estas mais favoráveis ao condenado. "Muito ruim, portanto, em qualquer sentido, a quantidade de pena que foi estabelecida."<sup>143</sup>

Quanto aos aumentos das margens penais, existem outros casos na Lei, como o artigo 94 que substituiu o artigo 326 do Código Penal, o qual aumentou substancialmente a pena, que antes era prevista de três meses a um ano de detenção, agora passa a ser de dois a três anos, demonstrando que o legislador considerou o crime vigente mais grave, apenas "Estranha-se a exiguidade dos limites, que dá pouca margem para a individualização judicial da pena."<sup>144</sup> O artigo 95, que também elevou a margem penal em relação ao artigo 335 do Código Penal, que era de seis meses a dois anos foi para dois a quatro anos; chama a atenção o fato da pena ser igual a cominada no artigo 90, "[...] o que representa certa incongruência, porque naquele o conluio não contém corrupção, e esta, obviamente, adiciona um conteúdo de maior reprovabilidade à conduta do art. 95, no caso de oferecimento de vantagem aceita pelo concorrente

---

<sup>141</sup> Vide artigo 77 do Código Penal.

<sup>142</sup> A previsão da possibilidade de substituição está no artigo 44 do Diploma Penal.

<sup>143</sup> GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 14.

<sup>144</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 43.

que desiste. Ou seja, o tratamento penológico é o mesmo, havendo ou não corrupção, o que não parece adequado."<sup>145</sup>

Outro aumento está no artigo 91, que prevê a figura especial da advocacia administrativa, cuja pena é de detenção de seis meses a dois anos, e o artigo 321 do Código Penal, tem margem penal de um a três meses. E ainda, especificamente o artigo 91 traz na sua tipificação uma condição objetiva de punibilidade<sup>146</sup>: "cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário."<sup>147</sup> O crime se consuma sem a necessidade da decretação judicial de invalidade, visto que a condição objetiva de punibilidade não é elemento do delito, mas condição de punibilidade, de aplicação da sanção penal. Para efeito de sua aplicação, entende-se que a decisão judicial (seja declaratória, constitutiva ou condenatória) deve ser transitada em julgado, não se configurando a decisão administrativa. Diferencia o artigo 91 do artigo 321, do Código Penal, visto que este é um delito formal, enquanto que aquele é material e contém elementos especializantes. Todavia, não satisfeita a condição objetiva de punibilidade é passível a subsistência do crime genérico (artigo 321), aplicando-se o princípio da subsidiariedade. Enfim, sobre a prescrição penal do artigo 91, por ser esta causa extintiva da punibilidade e a condição objetiva ser uma condicionante para a punibilidade, o termo prescricional somente decorre a partir do implemento da condicionante, ou seja, com o trânsito em julgado da decisão de invalidação, bem como poderão daí advir às causas suspensivas e interruptivas da prescrição.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 48-49.

<sup>146</sup> Como definição e natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade, tem-se: "Pressupõem um delito completo em todos os seus elementos constitutivos, funcionando como condicionantes da aplicação concreta da pena. São alheias à noção de delito e atuam objetivamente, não sendo abarcadas pelo dolo ou pela culpa" (PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro, volume 1...*, op. cit., p. 627).

<sup>147</sup> GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, op. cit., p. 110. Na mesma posição: MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo...*, op. cit., p. 150; CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 103; Não concordando, mas entendendo como elemento do tipo, visto que não ocorrendo a invalidação, o agente responderá pelo crime de advocacia administrativa do artigo 321 do Diploma Penal, vide: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 847; COSTA JÚNIOR, Paulo José, op. cit., p. 32; PINHEIRO, Gisele Glozer, op. cit., p. 495; p. JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., 631; CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 355; NOBRE, Milton A. de Brito, op. cit., p.113. E como elemento normativo elementar e condicionante: STOCO, Rui, op. cit., p. 2569; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 24.

<sup>148</sup> CAVALINI, José Valdecir, op. cit., p. 104-109. Este autor critica o uso da condição objetiva de punibilidade, por não ser considerada uma boa técnica legislativa, especialmente pelo fato da doutrina não ter assentado entendimento sobre o instituto (ibid., p. 104).

Importa comentar que há três modalidades de patrocínio infiel na legislação penal brasileira, as duas acima mencionadas (artigo 91 da Lei n. 8.666/93 e artigo 321 do Código Penal) e a do artigo 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, que fixa a pena de um a quatro anos de reclusão. Desta forma, concorda-se com o posicionamento de que há ofensa ao princípio da isonomia, visto que são hipóteses semelhantes, ou seja, pune-se o patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública, com penas diversas, nada justificando a exacerbação das penas.<sup>149</sup>

Dispõe a Lei em seu artigo 84, § 2º, uma causa genérica de aumento de pena: "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."

Pelo fato de prever cumulativamente a pena de multa com a privativa de liberdade, o legislador impossibilitou a aplicação da multa substitutiva<sup>150</sup> nos delitos dos artigos 91, 93, 97 e 98, cuja pena mínima é de seis meses, ante a Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>151</sup>

Especificamente sobre a pena de multa, ela está prevista em todas as margens penais dos artigos 89 a 98, de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade: "e multa." Todavia, sobre a fixação da sua base de cálculo, ela foi estabelecida especificamente na própria Lei, no artigo 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". Estes índices, ou seja, o limites da pena, estão previstos no § 1º, que 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.

Diante da previsão legal, depreende-se que o legislador afastou-se do Código Penal na pena de multa que estabelece o sistema de dia-multa e cálculo em avos do salário mínimo, e coloca como base de cálculo o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, calculada em índice. Esta vantagem tem que ser econômica para

---

<sup>149</sup> STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 2566.

<sup>150</sup> Prevista a multa substitutiva no artigo 60, § 2º do Código Penal.

<sup>151</sup> Estabelece o enunciado n. 171: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

ser base de cálculo, traduzida em valor monetário<sup>152</sup>. "Vê-se, por conseguinte, que deixou o legislador de ter como parâmetro, para a imposição da pena de multa, a situação econômica do réu (art. 60 do Código Penal), para centra-se na vantagem indevida percebida pelo agente do criminoso para a objetividade do delito", e "[...] por consequência, pode o réu não ter condições de suportar a inflação da multa."<sup>153</sup>

Ante a essa opção legislativa, a doutrina levanta firmes críticas, visto que afronta a princípios constitucionais penais, cita-se dentre eles o da legalidade<sup>154</sup> e da individualização da pena.<sup>155</sup> Isto decorre, nos artigos 91, 93 e 94 não se verifica a percepção da vantagem, portanto, exceto por critério arbitrários, não há como impor aos mesmos a pena de multa. E ainda, nos demais dispositivos, não se tem como definir com segurança jurídica e objetividade o montante da vantagem, mesmo quando há vantagem como no artigo 95.<sup>156</sup> Diante disto, somente pode-se concordar que a pena de multa prevista no artigo 99 é inaplicável e, se aplicada, será inconstitucional por violação do princípio da segurança jurídico-penal, consubstanciado no artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna, sendo esta uma conclusão lastimável, visto que nos delitos em comento a pena pecuniária poderia ser de alguma eficácia.<sup>157</sup>

Quanto ao § 2º do artigo 99, dispõe o destino do produto da arrecadação da multa que, conforme o caso, reverterá à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal, ou seja, não é para o fundo penitenciário como dispõe o artigo 49 do Código Penal. Notório está que "[...] o

DIPDI INTERFA - MDI

<sup>152</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 66.

<sup>153</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 877.

<sup>154</sup> Vicente Greco Filho é contundente: "Em que pese a intenção do legislador de dar à pena de multa a proporcionalidade em face da vantagem auferida, essa intenção, mal resolvida, levou à indefinição absoluta do valor da pena, que viola, em nosso entender, o princípio da legalidade, sendo a eventual imposição inconstitucional" (GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 65).

<sup>155</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de, op. cit., p. 70.

<sup>156</sup> Sobre o assunto, vide dentre outros: GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 66-68; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 877.

<sup>157</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 68. Marçal Justen Filho comenta que a Lei n. 8.666/93 poderia ter deixado em segundo plano as penas privativas de liberdade e ter usado mais abertamente as penas de cunho pecuniário e as restritivas de direito, por se tratar de uma lei dentro do espírito do legislador da chamada "criminalidade econômica" (MARÇAL, Justen Filho, op. cit., p. 627). Contra esta posição, Luciano Santos Lopes alerta que a pena de multa tem caráter substitutivo à pena privativa de liberdade, assim, não pode ser cominada em abstrato para os crimes em espécie. Todavia, concorda este autor que é impossível aplicar as penas de multa cominadas na Lei n. 8.666/93 sem infringir princípios (LOPES, Luciano Santos, op. cit., p. 1; 3).

legislador transformou uma multa penal em fonte de receita extraordinária para a Fazenda."<sup>158</sup>

Finalmente, referente a ação penal, a Lei n. 8.666/93 traz nove dispositivos abordando o processo e o procedimento judicial, nos artigos 100 a 108<sup>159</sup>, e já no primeiro estipula que ela é pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la, admitindo, no artigo 103, a ação penal privada subsidiária da pública. Estas disposições quanto à ação penal são desnecessárias, visto que o Código penal, no artigo 100, já aborda a questão, bem como o Diploma Processual Penal às regulamentas.

Apenas, há como alteração substancial referente ao processo penal o artigo 104, o qual aumentou o prazo da defesa prévia para dez dias, ao invés dos três previstos no artigo 395 do Código de Processo e reduziu o número das testemunhas a no máximo de cinco, visto que no processo comum o número é de oito, artigo 398; bem como o artigo 105 amplia o prazo das alegações finais para cinco dias, ante aos três dias também previstos no Código processual.

Vale mencionar que "A redação do artigo 104 da Lei n. 8.666/93 é confusa, trazendo mais dúvidas à interpretação da aplicabilidade do artigo 514 do Código de Processo Penal, sobre a defesa preliminar

---

<sup>158</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de, op. cit., p. 71.

<sup>159</sup> \*Art. 100. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la. Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência. Parágrafo único. Quando a comunicação for verbal, mandará a autoridade reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas. Art. 102. Quando em autos ou documentos de que conhecerem, os magistrados, os membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes verificarem a existência dos crimes definidos nesta Lei, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. Art. 103. Será admitida ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 29 e 30 do Código de Processo Penal. Art. 104. Recebida a denúncia e citado o réu, terá este o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório, podendo juntar documentos, arrolar as testemunhas que tiver, em número não superior a 5 (cinco), e indicar as demais provas que pretenda produzir. Art. 105. Ouidas as testemunhas da acusação e da defesa e praticadas as diligências instrutórias deferidas ou ordenadas pelo juiz, abrir-se-á, sucessivamente, o prazo de 5 (cinco) dias a cada parte para alegações finais. Art. 106. Decorrido esse prazo, e conclusos os autos dentro de 24 (vinte e quatro) horas, terá o juiz 10 (dez) dias para proferir a sentença. Art. 107. Da sentença cabe apelação, interponível no prazo de 5 (cinco) dias. Art. 108. 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."

quando o denunciado for servidor público."<sup>160</sup> Isto porque, possibilita a apresentação da defesa prévia antes do oferecimento da denúncia, sendo que o artigo 514, que tem aplicação ao procedimento para os delitos de responsabilidade de funcionários públicos, estabelece que a defesa vem após este oferecimento.

Diante disto, comunga-se do pensamento de que a parte processual, pelo conteúdo que comporta, melhor seria que o legislador determinasse a aplicação do Código de Processo Penal, sem em nada inovar.<sup>161</sup>

Aos artigos 91, 93, 97 e 98, em âmbito processual, por terem margens penais mínimas inferiores a um ano, ou seja, seis meses, é cabível a suspensão condicional do processo.<sup>162</sup> De igual sorte, também cabe a transação penal, haja vista que a pena máxima não ultrapassa a dois anos.<sup>163</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a doutrina extrapenal tenha pacificado que a licitação é tema de Direito Administrativo, quando se adentra na Lei n. 8.666/93, nos artigos 89 e seguintes, que prevêm os tipos penais nas licitações e contratos administrativos, tem-se a incidência do Direito Penal e mais especificamente, de uma de suas vertentes, o denominado Direito Penal Econômico, em seu sentido amplo. O interesse que repousa sobre os crimes na licitação e contrato administrativo é de resguardar probidade financeira e moral das negociações da Administração Pública, zelando-se pela lisura na competitividade e afastando todo arbítrio e favorecimento. São considerados crimes de cunho econômico.

Isto porque, entende-se que o bem jurídico-penal tutelado, Administração Pública, é um bem metaindividual, que tem incumbência de gestão da coisa pública. A coletividade tem interesse nesta gestão, na defesa da moralidade e lisura nas licitações e contratos públicos, pois irá usufruir do seu resultado, é denominada de cidadão-usuário. Desta forma, serão sujeitos passivos dos delitos da Lei n. 8.666/93, o Estado e o cidadão que se utiliza da Administração Pública.

---

<sup>160</sup> CAVALINI, José Valdecir, *op. cit.*, p. 141.

<sup>161</sup> NOBRE, Milton A. de Brito, *op. cit.*, p. 106.

<sup>162</sup> O artigo 90 da Lei n. 9.099/1995 prevê a suspensão condicional do processo.

<sup>163</sup> Definida a transação penal no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

A má técnica legislativa é ressaltada em quase toda a doutrina, tanto no Direito Penal como no campo do Direito Administrativo, visto que o legislador, na ânsia de disciplinar toda a questão que trata da licitação e contrato administrativo, criando, inclusive, uma lei híbrida, infringiu diversas disposições constitucionais, sendo quem alegue sua total inconstitucionalidade.

Nos tipos penais, certo é que várias dessas condutas achavam-se já tipificadas no Código Penal e que precisam de atualizações e adequações de terminologia. Todavia, apesar de ter acertado neste ponto, o legislador incorreu em erros que devem ser corrigidos para que não haja infração aos princípios penais constitucionais, destacando-se o da segurança jurídica, da legalidade e da proporcionalidade, como já apresentado quando da abordagem aos artigos no item sobre tipicidade objetiva. Como exemplo, tem-se o artigo 89, que com sua péssima redação fere o princípio da certeza do direito e o artigo 93, o princípio da legalidade.

Vale apresentar a posição adotada, quanto aos pontos polêmicos levantados no curso do trabalho. Desta forma, defende-se que no artigo 91, a invalidação é uma condição objetiva de punibilidade, por isto é possível à realização deste tipo de injusto, visto que a punibilidade não faz parte do conceito dogmático de delito. Não se comunga com a argumentação de que o artigo 94 é crime impossível, pelo fato de que o núcleo do tipo permite que seja violada a proposta com a abertura do envelope. Para que os incisos I e V do artigo 96 não sejam considerados inconstitucionais, deve-se analisá-los num conjunto o *caput* do dispositivo.

Nos crimes previstos na Lei de Licitação há somente delitos dolosos, sendo que o parágrafo único do artigo 89, o artigo 90 e 92, possui também o elemento subjetivo do injusto. Já no artigo 96 a expressão “em prejuízo da Fazenda Pública” é elemento normativo do tipo, tal como no artigo 98, os termos “injustamente” e “indevidamente”. A este respeito, tem-se que na análise da estrutura objetiva desses tipos de injusto, verificou-se a presença de muitos elementos normativos, o que deve levar ao intérprete a um rigor técnico-administrativo. Precisa-se pontuar que o uso excessivo de elementos normativos demonstra a má técnica legislativa e, em muitos casos, a incidência na inconstitucionalidade pela imprecisão do tipo penal.

Os artigos 89 e 92, 1ª parte, são normas penais em branco, bem como há no tipo verdadeiras causas de justificação, que quando presentes tornam a conduta lícita.

Quanto às espécies, tem-se que: os artigos 90, 91, parágrafo único do 92, 93, 96 e a 2ª parte do 98, são delitos de dano; a 1ª parte do artigo

98, de mera conduta; os artigos 89, 92, 94 e 97, são de perigo abstrato e artigo 95, perigo concreto; e por fim, o parágrafo único, do artigo 89, delito de dano. Assim, a forma tentada é admitida nos artigos: 90, 91, 92, 93, 94, 96, 98, 2ª parte. Além destes artigos, a tentativa é aceita nos parágrafos únicos dos artigos 89, 92 e 97.

Referente ao preceito secundário, houve um elevando aumento das margens penais, verificando-se um flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, quando comparado os dispositivos da Lei em estudo com os do Código Penal, como exemplo o artigo 89 com o delito da corrupção passiva. Não há justificativa plausível para o aumento exacerbado das penas. Outra falha legislativa foi à opção de se afastar do sistema de dia-multa e cálculo em avos do salário mínimo, e adotar como base o valor da vantagem obtida ou potencialmente auferível, pois ao centrar-se na vantagem indevida percebida pelo agente, este pode não ter condições de suportar a pena pecuniária. E ainda, em sendo considerada inconstitucional, como de fato se entende em alguns dispositivos, lastima-se, visto que a pena pecuniária nestes delitos poderia ter alguma eficácia.

Enfim, tem-se que na verdade, muitos dos tipos elencados na Lei não apresentam grande importância na prática e em sua maioria, são descaracterizados e se aplicam os tipos do Código Penal. Ou então, são figuras meramente criadas para visar o efetivo cumprimento da sanção administrativa, como as figuras do artigo 97 e parágrafo único e a do artigo 98. O que leva a questionar se realmente todos tipos penais deveriam ter sido tipificados, ou se não teria sido mais adequado e, dentro da finalidade e dos princípios do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima, de que ficassem apenas tipificados como conduta delitiva, os dispositivos mais importantes e mais graves de causarem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.