

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

GLAUCIO ROBERTO BRITTES DE ARAUJO

INTERVENÇÃO PENAL NAS LICITAÇÕES

Mestrado em Direito

São Paulo
2012

GLAUCIO ROBERTO BRITTES DE ARAUJO

INTERVENÇÃO PENAL NAS LICITAÇÕES

Dissertação apresentada objetivando a obtenção do título de Mestre em Direito Penal à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Livre-Docente Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo
2012

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais ANTONIO e FÁTIMA,
exemplos de perseverança e ética,
que nos deixaram cedo demais,
mas que tanto ensinaram e amaram.

À minha querida TATI,
companheira de todos os dias,
decisiva na superação das adversidades e
com quem é maravilhoso compartilhar a felicidade de cada momento da vida.

Ao meu Mestre ANTONIO CARLOS DA PONTE,
que abriu as portas de um mundo novo de conhecimentos
e que tanto nos estimulou a refletir e a estudar.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor ANTONIO CARLOS DA PONTE.

Ao meu mestre Professor DIRCEU DE MELLO.

À minha companheira TATIANA BARRETO SERRA.

Ao meu irmão GLEDSON BRITTES.

Ao meu amigo de judicatura e incentivador JOSÉ ZOEGA.

À minha amiga JÉSSICA FERRACIOLI.

Aos meus fiéis amigos de tantas jornadas.

RESUMO

Nesta sede, são expostos alguns equívocos do legislador pátrio em relação às licitações, como a inflação punitiva, mediante legislação esparsa, ao invés de simples e suficientes atualizações pontuais do Código Penal; como o adiantamento das barreiras da intervenção penal, com a tipificação despicienda de atos preparatórios e de condutas abstrata e remotamente relacionadas à possibilidade de lesão do interesse tutelado, em detrimento dos princípios da intervenção mínima e da lesividade; como a equiparação entre tentativa e consumação, em prejuízo dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade; como a tipificação autônoma de condutas que já configurariam tentativa de delitos mais graves ou que estariam previstas no Código Penal; como o excesso de crimes de perigo abstrato e formais; como a adoção de tipos demasiadamente abertos e normas penais em branco, inadequada à concretização do princípio da legalidade, na forma de reserva legal e taxatividade; como a cominação de sanções semelhantes para infrações de gravidade substancialmente distinta, em relação à lesão ao bem jurídico albergado, sem a devida atenção ao princípio da proporcionalidade; e como a criminalização de condutas que poderiam ser coibidas pelo Direito Administrativo Sancionador ou de Intervenção, reservando e prestigiando a aplicação de penas privativas de liberdade, consoante as funções primordiais que lhe são atribuídas hodiernamente, para graves lesões ou ameaças a bem jurídicos relevantes, sob o prisma constitucional, sem ceder à tentação da construção de um Direito Penal Simbólico. Por fim, assumindo um funcionalismo mínimo, reputa-se conveniente esboçar os contornos da intervenção penal, como *ultima ratio*, mas eficaz, na seara de licitações e contratos administrativos, em um modelo de garantias próprio do Estado Democrático de Direito, na sua dúplici acepção, ou seja, garantidor tanto dos direitos fundamentais da pessoa humana, como de uma proteção eficiente dos bens jurídicos relevantes para todos os cidadãos, nos termos em que foram albergados pela Constituição Federal.

Palavras-chave: intervenção penal nas licitações, proteção de bem jurídico, princípios da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade), da culpabilidade, da legalidade (taxatividade e reserva legal), moralidade administrativa e isonomia, crimes da Lei 8666/93, Direito Administrativo Sancionador, proporcionalidade e proibição de insuficiência.

ABSTRACT

This area, are exposed some misconceptions of the legislature in relation to parental bids, as inflation punitive scattered through legislation, rather than simple point releases enough of the Penal Code, such as the advance of the barriers of penal intervention, with the characterization of negligible preparatory acts and conduct abstract and remotely related to the possibility of injury to the interest protected at the expense of the principles of minimum intervention and injury; as the equivalence between an attempt and completion, to the detriment of the principles of culpability and proportionality, as the autonomous classification conduct that would configure as an attempt to more serious crimes or who were under the Penal Code, as over crimes of abstract danger and formal, as the adoption of open standards and penal rules too criminal blank inadequate to achieve the principle of legality, in the form of legal reserve and taxativity; as the pain of penalties for similar infractions of gravity substantially different in relation to injury to the legal and housed, without due attention to the principle of proportionality, and as the criminalization of conduct that could be curbed by Administrative Law sanctioning or intervention, reserving and prestige to the application of prison sentences, depending on the primary functions assigned to it in our times, serious injury or threat to the relevant legal right under the constitutional prism, without yielding to the temptation of building a Symbolic Criminal Law. Eventually, assuming a *minimum* functionalism, considers it is appropriate to outline the contours of the criminal action, as *ultima ratio*, but effective, in the area of bid and contract administration in a model of itself guarantees the democratic rule of law, in its dual meaning, *ie*, the guarantor of both fundamental human rights, as an efficient protection of legal interests relevant to all citizens, in the terms that had been sheltered by the Constitution.

Keywords: criminal action in bid, asset protection legal principles of minimal intervention (fragmentary and subsidiarity), culpability, legality (taxativity and reserve legal), administrative morality and equality, crimes of Law 8666/93, Administrative Law sanctioning, proportionality and the prohibition of failure.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Amp.	–	ampliada
Atual.	–	atualizada
Aum.	–	aumentada
CC	–	Código Civil
cc	–	concomitante com
CF	–	Constituição Federal
Coord.	–	coordenador
CP	–	Código Penal
CPP	–	Código de Processo Penal
Ed.	–	Edição
n.	–	número
Op. cit.	–	Obra(s) citada(s)
p.	–	página
rev.	–	revista

ss.	–	seguintes
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TCU	–	Tribunal de Contas da União
trad.	–	tradução
v.	–	volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROTEÇÃO DE BEM JURÍDICO	25
1.1 Evolução histórica da proteção do bem jurídico	25
1.2 Conceito de bem jurídico	31
1.3 Funções do bem jurídico	35
1.4 Espécies de bens jurídicos	39
1.5 Delimitação do bem jurídico nas licitações	44
1.6 Excessos na intervenção penal, à luz da proteção do bem jurídico	49
1.7 Modelo dualista do Direito Penal e Direito de Intervenção	58
2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E AS LICITAÇÕES	65
2.1 Noções de Direito Administrativo Sancionador	65
2.2 Reflexões sobre unidade do poder punitivo estatal	68
2.3 Características do Direito Administrativo Sancionador	73
2.4 Diferenciação entre responsabilidades e o princípio do <i>non bis in idem</i>	78
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA INTERVENÇÃO PENAL NAS LICITAÇÕES	82
3.1 Princípios administrativos e das licitações	82
3.2 Princípio da moralidade	85
3.3 Princípios constitucionais penais	90
3.4 Princípio da proporcionalidade	93
3.5 Codificação	95

4 ORIGEM E ASPECTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO	99
4.1 Escorço histórico do instituto da licitação	99
4.2 Conceito	103
4.3 Formação da legislação brasileira	107
4.4 Abordagem da matéria pelo Código Penal de 1940	112
5 DIREITO COMPARADO	116
5.1 Direito francês	116
5.2 Direito italiano	121
5.3 Direito alemão	122
5.4 Direito português	123
5.5 Direito argentino	125
5.6 Direito espanhol	126
5.7 Notas distintivas da legislação brasileira	127
6 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E GERAIS DA INTERVENÇÃO PENAL NAS LICITAÇÕES	130
6.1 Os mandados de criminalização e a licitação na Constituição	130
6.2 Deficiências no cumprimento do comando constitucional	134
6.3 Delimitação legal e coexistência de responsabilidades	140
7 CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES	144
7.1 Dispensa e inexigibilidade ilegal de licitação	144
7.2 Fraude ou frustração da competitividade	164
7.3 Advocacia administrativa nas licitações	172
7.4 Modificação ilegal de contratos licitados	180
7.5 Perturbação de ato de licitação	191
7.6 Devassamento de proposta	197
7.7 Exclusão ilegal de licitante	206
7.8 Fraudes às licitações e aos contratos	214
7.9 Admissão de inidôneo em licitação ou contrato	222

7.10	Conduas contra inscrição e fidelidade de cadastros de licitações	230
8	AS SANÇÕES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	237
8.1	Implicações do princípio da proporcionalidade	237
8.2	Enfrentamento das distorções na responsabilização	245
8.3	Da aplicação das penas	250
9	QUESTÕES COMPLEMENTARES SOBRE AS LICITAÇÕES	253
9.1	Aspectos processuais	253
9.2	Responsabilidade penal da pessoa jurídica nas licitações	254
9.3	Repercussão de recentes alterações legislativas	277
	CONCLUSÕES	282
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	293

INTRODUÇÃO

A abordagem apropriada da intervenção penal nas licitações pressupõe a análise da origem histórica e dos termos da consolidação do instituto nos Estados modernos, dos princípios que o norteiam e daqueles que orientam o Direito Penal. A peculiaridade da matéria e de seu estudo decorre, em grande parte, da sua relação estreita com dois ramos distintos do Direito e, simultaneamente, de seus pontos comuns no bojo do Direito Administrativo Sancionador. Vale dizer, esta última vertente da atividade punitiva estatal adquire particular relevância nas complexas relações do Estado com o particular ou com o servidor, formadas em razão das licitações e contratos administrativos.

Por outro lado, as possibilidades de manejo dos inúmeros recursos à disposição deste ramo do Direito contrastam com problemas atuais do Direito Penal, que continuam despertando acalorados debates para seu aperfeiçoamento. A complexidade da discussão remete à ousada pretensão de conciliar eficácia na proteção do bem jurídico e na efetivação do interesse público com a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais.

De qualquer modo, ainda desafia os estudiosos a tarefa de assegurar a proteção dos bens relevantes para a humanidade, na pós-modernidade, fazendo regredir a hipertrofia criminal, detectada, sobretudo, na legislação esparsa, em detrimento da codificação e da funcionalidade de um sistema penal coerente e preciso. Urge, ademais, apresentar soluções para os seguintes problemas: o progressivo adiantamento das barreiras da intervenção penal, mediante tipificação despicienda de atos preparatórios e de condutas abstrata e remotamente relacionadas à possibilidade de lesão do interesse tutelado, com abuso de crimes de perigo abstrato e formais, ao arrepio dos princípios da intervenção mínima e da lesividade; a usual equiparação entre tentativa e consumação, em prejuízo dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade; a adoção de tipos demasiadamente abertos ou vagos e normas penais em branco, inadequada à concretização dos princípios da legalidade, mormente da reserva legal e da taxatividade; a tipificação autônoma de condutas identificadas com tentativas de outros delitos ou já incriminadas para acrescer

fatores despiciendos, a cominação de sanções semelhantes para infrações de gravidade substancialmente distinta, em relação à lesão ao bem jurídico protegido, sem a devida atenção ao princípio da proporcionalidade; e a criminalização de condutas que poderiam ser coibidas pelo Direito Administrativo Sancionador, reservando e prestigiando a aplicação de penas privativas de liberdade, consoante as funções primordiais que lhe são atribuídas hodiernamente, para graves lesões ou ameaças a bem jurídicos relevantes, sob o prisma constitucional, sem ceder à tentação da construção de um Direito Penal Simbólico.

No entanto, antes de tudo, é preciso discorrer, sucintamente, sobre a evolução do pensamento jurídico para compreender a relevância do princípio da proteção de bem jurídico na construção e na aplicação do Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, bem como a razão e dimensão destes problemas e desafios apontados. Somente assim é viável aproximar este ramo do Direito de sua real missão e reconhecer suas limitações, em variegadas matérias, contribuindo para sua eficácia e para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Nos primórdios, a pena era aplicada desproporcional e desordenadamente, sem um propósito definido e com conteúdo religioso. Após a vingança privada, surgiu a pública. O talião representou avanço por fazer a pena corresponder ao crime. O processo de modernização do direito penal, contudo, iniciou-se com o iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália), pautando-se pela preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combate ao arbítrio judiciário e ao terrorismo punitivo. O caráter humanitário presente na obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, contrário às penas cruéis e de morte, ao arbítrio dos julgadores e à desproporção, marcou, profunda e decisivamente, a transformação do Direito Penal¹.

Consoante a inspiração contratualista, o cidadão renunciava a uma parcela da liberdade para o Estado realizar a defesa social. A pena, neste contexto, deveria ter utilidade, prevenindo delitos, e não simplesmente castigando. Passam a predominar, na Europa, duas teorias contrapostas, a da retribuição (absoluta) e a da prevenção (relativa). A primeira (Carrara, Kant, Hegel e outros) preconizava o caráter retributivo da pena, tendo como fundamento a justiça e a necessidade moral. Kant entendia que a pena era

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Parte geral e parte especial. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 70.

desprovida de finalidade e constituía a causação de um mal como compensação da infração, pressupondo a liberdade moral e a capacidade de autodeterminar-se do ser humano. Para Hegel, contudo, era retribuição apenas no sentido de contraposição ao crime. A segunda corrente (Beccaria, Fierbich e outros) sustentava o fim utilitário da pena, mormente a prevenção geral e especial do delito².

A Escola Clássica, que tinha como seu expoente Carrara, contestador das penas cruéis e de morte, contrapondo-se à Escola Positiva, defendia a proporcionalidade entre sanção aplicada e crime, presumindo-o fruto do livre-arbítrio. O criminoso era moralmente e, por conseguinte, penalmente responsável. O crime passava a ser tratado como ente jurídico e não mero fato do homem. A emenda do infrator era desejável, mas não concernia ao Direito Penal. Recorria-se ao método lógico-abstrato, através do sistema dedutivo. O delito era fruto do livre-arbítrio e a pena tinha caráter retributivo, seja como necessidade social (Beccaria, Filangieri etc.), seja como exigência ética, inspirada em princípios do jusnaturalismo.

Por outro lado, Cesare Lombroso, com a obra *Homem delinquente*, despertando o pensamento próprio da Escola Positiva, sustentava que o ser humano poderia ser um criminoso nato e portar caracteres impeditivos de sua adaptação social, motivo pelo qual o crime era naturalmente esperado. Não havia livre-arbítrio, mas atavismo, neste caso, deslocando-se o estudo de questões penais para a investigação científica, como na antropologia, psicologia e sociologia criminais. Tal corrente vislumbrava no crime uma patologia, resultante de fenômeno biológico ou antropossociológico. A sanção criminal indeterminada tinha cunho profilático e eventual isolamento buscava tratamento do criminoso para sua reinserção social. Aplicava-se, outrossim, o método indutivo para extrair de experiências a explicação para a conduta, linha esta adotada por Garoffalo³.

Para Enrico Ferri⁴, o ser humano era responsável pelos danos causados simplesmente por viver em sociedade, o fundamento da pena era a defesa social e sua finalidade, prevenir novos crimes. A observação exata e complexa dos fatos, incluindo o delinquente em concreto, e não a figura abstrata do crime era fundamento racional das conclusões indutivas. O apego ao livre-arbítrio negava a lei da conservação da força e da

² Idem, *Ibidem*, p. 73.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal. O criminoso e o crime*. 3. ed. Trad. Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russel Editores, 2009, p. 108.

causalidade natural. Em suma, a escola positiva influenciou, substancialmente, a individualização da pena, mas revelou uma hipertrofia naturalista, enquanto a escola clássica preocupava-se demais com o sujeito abstrato de direitos e o método dedutivo do jusnaturalismo.

Após as escolas clássica, positiva e crítica, Franz Von Liszt⁵, discípulo de Merkel e Von Jhering, surgiu como expoente principal da escola moderna, conhecida também como Escola de Política Criminal ou sociológica. São suas características marcantes a identificação do Código Penal como Carta Magna do Delinvente; a distinção entre Direito Penal e demais ciências criminais, dedicando-se o método lógico-abstrato àquele e o indutivo-experimental a estas; a concepção do delito como fenômeno humano-social e fato jurídico; a diferenciação entre imputabilidade e periculosidade, com a medida de segurança ao lado da pena, acolhendo o duplo binário; a defesa da ideia de pena finalística; a prevenção geral em coexistência com a especial; a substituição ou eliminação das penas privativas de liberdade de curta duração e o desenvolvimento da Política Criminal.

Como ensina Cezar Roberto Bitencourt⁶, a escola moderna representou a corrente eclética (entre positiva e clássica) mais notável, ao lado do positivismo crítico da *terza scuola* italiana. Contou com a contribuição de Von Hammel, com a criação e atuação da União Internacional de Direito Penal até a primeira guerra mundial, que foi retomada em 1924 com o nome de Associação Internacional de Direito Penal. O programa de Marburgo, com a ideia do fim no Direito Penal, admitindo a fusão com outras disciplinas como criminologia (estudo das causas do crime) e penologia (causas e efeitos da pena), foi decisivo na reforma do Direito Penal, preocupando-se com a sua utilidade. Pena justa seria a necessária, priorizando-se a prevenção especial. Sofreu oposição de Beling e Binding, este seguidor da escola clássica, de Kant e de Hegel. Este embate entre escolas perdeu importância na década de vinte. Embora a escola clássica tivesse olvidado a importância da reeducação do condenado e a positiva houvesse enfatizado a periculosidade, em detrimento da existência do infrator ocasional, as ecléticas não revelaram consistência, na opinião de muitos estudiosos. A escola técnico-jurídica, por exemplo, teria se baseado na hipertrofia da dogmática, carecendo de conteúdo. Pregava o

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, passim.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 90.

estudo do criminoso como espírito e matéria, em face de princípios éticos, regras jurídicas e leis naturais.

Alguns defendiam maior autonomia das ciências penais, como Rocco, afastando-as das sociais, pois os positivistas, na primeira fase, tinham se preocupado demais com aspectos antropológicos e sociológicos que prestigiavam o julgamento do réu e não do crime, em detrimento do conteúdo jurídico. Sustentava-se que o delito era pura relação jurídica, que a pena constituía reação a uma consequência do crime, tendo função preventiva geral e especial, que a medida de segurança se aplicava aos inimputáveis e que a filosofia era dispensada nesta seara. Tratava-se mais de um corrente de renovação metodológica do que de uma nova escola. Com método lógico-abstrato, concebia-se o crime como objeto do Direito Penal, enquanto fenômeno jurídico. Interessavam-lhe princípios sistematicamente expostos sobre conceitos de delito, pena e responsabilidade.

Mereceram registro histórico ainda as escolas humanista e correlacionista. Depois da Segunda Guerra, no entanto, surgiu o movimento da nova defesa social, resgatando o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade e reconhecendo o crime como fruto de uma personalidade única, sem padronização. Reputava a pena um mal necessário, destacando seus efeitos negativos e propondo a abolição da pena de morte.

Historicamente, das teses retribucionistas da pena partiu-se para as preventivas. Na primeira linha de ideias, Carrara, aproximando-se de Hegel, considerava que a pena reparava o dano com o restabelecimento da ordem; Mezger a compreendia como irrogação de um mal adaptado à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica; Welzel a concebia como retribuição justa; e Jescheck vislumbrava relação com a teoria católica de dois reinos, no tocante à manutenção da ordem eterna ante e sobre o delincente.

A teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, entendia que a pena não servia para intimidar criminosos, mas para reafirmar a consciência social da norma e sua vigência, mediante a aplicação da sanção. Dividiu-se em fundamentadora (Jakobs e Welzel), segundo a qual a pena evidenciava que o agente não se conduzira corretamente, tendo função educativa para os demais cidadãos e não se coadunando com o direito penal mínimo, e em limitadora (Roxin, Silva Sanches, Munoz Conde), que adotava os postulados iniciais, mas ressaltava a limitação da intervenção do Estado. A primeira é criticada por supostamente relegar o fato de que pena deve ter sentido para quem a sofre,

enquanto a segunda não conferiria a importância necessária à prevalência da ordem jurídica sobre a vontade individual.

De qualquer modo, representaram conquista histórica fundamental, após longo desenvolvimento do pensamento civilizatório, as ideias de que a aplicação da pena era monopólio do Estado, representava investida contra direitos individuais e, então, exigia prévia delimitação, deveria ter finalidades e fundamentos determinados, além de proporcionalidade. O Direito Penal, portanto, não prescindia da proteção de interesses valiosos à sociedade para desencadear medida tão drástica e excepcional, por força de seus efeitos aflitivos e consequências extremamente relevantes para o ser humano.

Desenvolveu-se, outrossim, a relação entre dogmática e Política Criminal. É comum a referência a três vertentes do funcionalismo. Claus Roxin⁷ sustentou, nos seus *Estudos de Direito Penal*, que, historicamente, as necessárias restrições à responsabilização jurídico-penal avançaram, após a teoria causal da ação. A teoria finalista, contudo, não resolvera todos os problemas dogmáticos que se colocavam e alguns receberam, então, tratamento apropriado pela teoria da imputação. No finalismo, concebeu-se como essência da ação humana não mais o puro fenômeno de causação, mas o direcionamento pela vontade, fazendo com que o dolo já fosse exigido e analisado no tipo. Assim, evitava-se o reconhecimento da tipicidade, por exemplo, da simples venda de arma ao executor, sem ciência da sua pretensão, como homicídio, consoante a equivalência dos antecedentes.

A responsabilização penal em outros casos, contudo, somente era evitada na análise da antijuridicidade ou até de culpabilidade, embora as respectivas condutas sequer devessem ser consideradas típicas. O avanço do finalismo limitara-se ao tipo subjetivo. Para o tipo objetivo continuava bastando a causalidade, o que gerava situações de incongruência. A teoria da imputação objetiva, então, buscou superar tal dilema, imputando o resultado ao agente apenas se ele criou um risco não permitido para o bem, se o risco se realizou no resultado concreto e se este estava ao alcance do tipo. Ações que não deveriam ser punidas passaram a não ser consideradas nem mesmo típicas.

Fernando Capez⁸ afirma que a corrente neokantista surgiu como reação à concepção meramente positivista do tipo penal, vigente no sistema causal, concebendo-o não mais como simples descrição formal pronta para subsunção, mas como produto

⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, passim.

⁸ CAPEZ, Fernando. Parte geral. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, passim.

cultural com elementos psicológicos e normativos. Esclarece que a teoria funcional não é teoria da conduta, mas pretende explicar o direito penal a partir de suas funções. A dogmática e o tecnicismo jurídico cedem espaço para política criminal e função social, pacificadora dos comportamentos humanos. Neste diapasão, despontava a proposta de Roxin de um direito estruturado teleologicamente para atender finalidades valorativas.

As soluções dogmáticas incompatíveis com o desiderato de proteção da sociedade seriam afastadas, preservando-se apenas as de cunho político-criminal e a aplicação da justiça ao caso concreto. Não bastaria a subsunção formal da conduta, impondo-se a presença ao menos do risco ao bem tutelado. A conduta seria categoria pré-jurídica (lógico-objetiva) compreendida no contexto social, ordenado pelo Estado com estratégias de política criminal, e não somente como fenômeno causal ou finalista. O Legislador não poderia tornar crime arbitrariamente qualquer comportamento, isolando-se da tese, antítese e síntese de costumes.

Claus Roxin⁹ relembra que as raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam à filosofia jurídica de Hegel, de onde Larenz extraiu a concepção de imputação, aplicada por Honig na dogmática jurídico-penal. Roxin, em seguida, desenvolveu o princípio do risco. Buscava-se, desde aquela época, o fundamento para delimitar a um sujeito o que seria sua ação e, por conseguinte, sua responsabilidade. Da simples exclusão do caso fortuito e do emprego da teoria da adequação ou da relevância, passou-se à separação de acontecimentos casuais para não responsabilizar indistinta e indevidamente quaisquer intervenientes no processo de produção de um acontecimento. Roxin ampliou significativamente o campo de aplicação da não imputação, invocando as hipóteses de diminuição de risco, de risco permitido, de ausência do fim de proteção da norma ou do alcance do tipo.

Segundo Antonio Luis Chaves Camargo¹⁰, formulados, após os anos 70, princípios e regras sobre imputação objetiva, surgiram vários critérios para atribuição de um resultado típico a uma ação exterior com relevância jurídico penal. A teoria exigia a criação de um risco desvalorado, encontrado concretamente no resultado. A finalidade consciente, por sua vez, era a possibilidade de direção e domínio da vontade com relação ao risco juridicamente relevante para o Direito Penal, ou seja, de lesão típica. Haveria,

⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, passim.

¹⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, passim.

então, exclusão dos riscos e, portanto, da imputação, nos casos de diminuição de risco, cursos causais hipotéticos, risco permitido, fim da proteção da norma e condutas alternativas conforme o direito.

Ao lado deste funcionalismo moderado, pode-se vislumbrar o mínimo. Na análise crítica da Escola de Frankfurt, na Universidade Castilla-La Mancha, em abril de 2000, com dez penalistas alemães, entre eles Roxin e os principais representantes daquela escola (Hassemer, Luderksen, Naucke e discípulos), debatia-se a necessidade de ampliar a intervenção do Direito Penal a novos âmbitos, como genética, meio ambiente e economia, para afrontar os graves riscos presentes nas sociedades modernas. Historicamente, a dogmática jurídico-penal acabou por desenvolver novos instrumentos técnicos, incluindo a construção de delitos de perigo abstrato e antecipação da intervenção penal em relação à lesão ao bem jurídico, substituição deste conceito pelo de funcionalidade dos sistemas sociais, imputação objetiva baseada nas ideias de perigo como alternativa à causalidade empiricamente verificável, dolo como dolo de perigo etc. Deste modo, novos textos legislativos e julgados poderiam ser amparados e sistematizados. Para muitos pensadores, caberia à dogmática, em contrapartida, oferecer também limites a esta evolução, em prol dos princípios político-criminais indeclináveis e tradicionais, como legalidade, lesividade e culpabilidade. Neste ponto, seria fundamental a discussão sobre as funções do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, seu caráter de *ultima ratio* e o princípio da intervenção mínima. Alguns estudiosos observaram, porém, que a política criminal de hoje, nos países democráticos, não se aproximava da nacional-socialista dos anos de 30 de sorte a colocar em risco os princípios mais elementares do Estado de Direito, tampouco autorizava a adoção de uma dogmática servil às novas tendências, à luz da experiência histórica, impondo-se cautela contra regresso ao autoritarismo.

Passara a ser considerada determinante, de um lado, a eleição constitucional de determinados bens como essenciais à dignidade da pessoa humana e merecedores de tutela penal. Predominava, de outro, o paradigma da prevenção, desenvolviam-se, no campo processual, novas técnicas de investigação, em detrimento da uniformidade de tratamento, e a intervenção penal surgia muitas vezes *prima ratio*. A Escola de Frankfurt, todavia, preocupou-se com a inobservância dos princípios fundamentais do Direito Penal liberal por este processo de “modernização”, capaz de torná-lo simbólico, antigarantista e alheio à proteção de bens jurídicos, sem sequer conter

de fato os riscos. Seria fatalmente usado como instrumento de política interna e suscetível de aplicações díspares, dada a margem interpretativa dos tipos abertos. Hassemer propõe, então, um Direito de Intervenção, evitando que o Direito Penal passe a cuidar indiscriminadamente do controle de riscos e receba missão incompatível com sua tradição e estrutura voltada para tutela de bens individuais.

Este novo Direito se situaria entre o Penal e o Administrativo Sancionador, podendo contar com garantias e regulações processuais mais flexíveis, como contrapartida para ausência de sanções criminais, inegavelmente gravosas. As categorias apropriadas a estes desafios não seriam próprias do direito penal, mas orientadas pelo conceito de efetividade preventiva. Não se buscaria compensar injustiça, mas prevenir dano; não importaria castigar, senão controlar; não se visaria retribuir, mas assegurar; não se trataria do passado e sim do futuro. Tais ideias também sofreram críticas, mormente de Schunemman, por serem ultraliberais e desprezarem as exigências éticas e políticas de nosso tempo. Para muitos pensadores, os princípios clássicos, inclusive o da *ultima ratio*, podem coexistir com as alterações destinadas ao combate das novas formas de criminalidade. O Direito de Intervenção resultaria, na verdade, um Direito Penal de classes, beneficiando a criminalidade econômica, os ilícitos ambientais e de colarinho branco. Ao invés da resistência à modernização, seria auspiciosa a tutela penal de bens jurídicos difusos, privilegiando-se penas pecuniárias, restritivas de direito e outras sanções, que conviveriam com a flexibilização de garantias individuais.

Naquela ordem de ideias, o Direito Penal máximo, de segunda velocidade, flexível, cuidaria, por sua vez, da criminalidade moderna, e um Direito Penal mínimo, de primeira velocidade, trataria da criminalidade tradicional, prestigiando as penas privativas de liberdade. Para Hassemer, o Direito Penal moderno se converteu em contraproducente e anacrônico. Era considerado aquele que prescindia de conceitos metafísicos e prescrevia uma metodologia empírica, orientava-se pelas consequências, era mais favorável a uma concepção teórica preventiva do que retributiva e objetivava vincular o legislador, controlando suas decisões com princípios, como o de proteção de bens jurídicos. Estas tendências foram necessárias para revitalizar uma teoria e uma *práxis* que, vinculadas ao jusnaturalismo e à dogmática abstrata, tinham se afastado da realidade. A limitação dos fins das penas e a preocupação com bens jurídicos produziram a humanização e o maior controle da atuação do Direito Penal. Esgotadas estas tendências, a modernização que representavam poderia se inverter, restando analisar se os princípios

tradicionais podem sintetizá-las. O novo Direito Penal se realizaria na parte e na legislação especiais, mas os critérios para lastrear uma política criminal de longo prazo seriam extraídos dos fundamentos do Direito Penal e de sua parte geral. O moderno Direito Penal se caracterizaria pelos âmbitos em que se realiza, por suas específicas funções, pelos instrumentos que utiliza e por especiais problemas a enfrentar. Segundo Hassemer, o centro ideal do Direito Penal clássico está formado pelas ideias de certeza e subsidiariedade, tendo o delito como lesão, do qual o moderno se afasta com crescente rapidez, surgindo assim problemas específicos.

Ainda na análise das vertentes do funcionalismo no Direito Penal, merece registro o extremado, mas especificamente o Direito Penal do Inimigo, idealizado pelo penalista alemão Günther Jakobs, que, nas palavras de Flávio Augusto Monteiro de Barros, “é o conjunto de princípios e normas elaboradas sem as garantias materiais e processuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, aplicáveis apenas aos criminosos que registram perfil previamente definido, visando, com isso, a sua eliminação ou inocuidade da sociedade”¹¹. Em seus estudos, Jakobs estabelece a distinção entre *Direito Penal do Cidadão* e *Direito Penal do Inimigo*, afirmando que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança”¹².

Segundo Flávio Monteiro de Barros, o inimigo se distingue do cidadão porque este último “é o que está de acordo com o Estado Democrático de Direito, assegurando-se ao criminoso as garantias materiais e processuais, mantendo-o dentro da normalidade do direito em atenção ao objetivo da pena, que é recuperá-lo e trazê-lo de volta ao convívio social”¹³. O inimigo, por sua vez, optou por violar definitivamente o contrato social, motivo pelo qual não usufruirá dos direitos dos cidadãos e da proteção do Estado, podendo ser eliminado. No *Direito Penal do Cidadão*, um dos objetivos da reprimenda penal é a reintegração do condenado ao meio social, preocupação ausente no *Direito Penal do Inimigo*, o qual busca, precipuamente, a exclusão do indivíduo, com vistas à confirmação da validade da norma, preservando as funções do sistema e a estabilidade normativa. Esta terceira modalidade do Direito Penal contemplaria punição de

¹¹ MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. Parte geral. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 25.

¹² JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. 3. ed. Trad. e org. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

¹³ Idem, p. 25.

atos futuros e preparatórios, aplicação de penas longas e severas e flexibilização de garantias processuais clássicas.

Em contrapartida, segundo o garantismo propugnado por Luigi Ferrajoli¹⁴, as garantias penais e processuais são vedações inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis. No tocante à perda da legitimação, pressupõe-se que o modelo penal garantista de diversas constituições, como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva, é amplamente desatendido, na legislação, na jurisdição e na administração. Ao risco de que a falta de efetividade o torne mera referência respondeu o garantismo, com seus três significados conexos.

Como modelo normativo de direito, contempla a estrita legalidade, ao minimizar a violência e maximizar a liberdade, politicamente, e vincular a função punitiva, juridicamente, admitindo graus. Sendo ainda teoria jurídica de validade e efetividade como categorias jurídicas, cuja antinomia pode ser patológica ou fisiológica (dentro de certos limites), permite avaliar a perda de legitimação interna e enquadrar antinomias, sem comportamento dogmático acrítico e sem confiança cega na representação normativa coincidente com a efetividade. Sob um terceiro prisma, o garantismo é filosofia política que requer do Direito e do Estado justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela constitui a finalidade, pressupondo separação entre direito e moral. Prevaleceria o ponto de vista externo e, portanto, de baixo, cujos valores justificam a razão de ser das coisas artificiais, como as instituições. Na cultura autoritária, segundo a ideia de autofundação, há um atrofiamento da perspectiva externa.

Despontam fundamentais, então, aspectos como divergência entre vigor e validade, moral e direito, ponto de vista ético-político (externo) e jurídico (interno), permeando a investigação metajurídica (relação entre direito e valores), jurídica (entre princípios constitucionais e leis ordinárias) e sociológica (entre direito e práticas efetivas). O garantismo evita a dúplici falácia (fatos como valores ou vice-versa) e é crítica das ideologias políticas e jurídicas.

Inicialmente, o garantismo é proposto como modelo de Direito, partindo da ideia de que, no Estado de Direito, o governo é submetido às leis e exercido mediante leis, sobretudo em matéria penal. No sentido débil, o poder é conferido por lei e exercitado nas formas por ela estabelecido. No forte, a lei condiciona também os

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, passim.

conteúdos. Para a primeira hipótese, Estado de Direito poderia ser até totalitário, enquanto para a segunda deveria ter Constituição Rígida, como concebe o garantismo. Neste, haveria o controle de legitimidade dos atos e também a incorporação de deveres públicos para efetivação dos direitos fundamentais.

A legalidade em sentido estrito, penalmente, representaria a enumeração exaustiva das hipóteses de delito, subordinadas aos conteúdos de direitos fundamentais. As regras da democracia definem quem e como decide, ao passo que as do Estado de Direito definem o que se deve e não decidir, garantindo os direitos fundamentais, mediante proibições e obrigações ao Estado. Nem tudo se pode decidir, nem mesmo pela maioria, sob pena de resistência à opressão. Nesse sentido, nenhuma lei pode punir alguém que praticou ato inofensivo ou cogitou ato proibido. Para esta corrente de pensamento, as garantias penais e processuais são vedações inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis¹⁵.

Enfim, além das referidas conquistas para a dignidade do ser humano que representaram a evolução das Escolas Penais e a das concepções de pena, o finalismo foi decisivo para situar corretamente o dolo, relacionando a culpabilidade à reprovação, e o funcionalismo contribuiu para ajustar a dogmática à política criminal, delimitando melhor a responsabilidade penal. O funcionalismo moderado preocupou-se com o aperfeiçoamento dos critérios de imputação e a apropriada limitação da responsabilidade penal. O funcionalismo mínimo cuidou do grau de vinculação do Direito Penal à Constituição e das tendências à deformação do modelo clássico. Por fim, o funcionalismo exacerbado suscitou discussão relevante sobre as espécies de criminalidade e de intervenção penal e, por conseguinte, sobre o cabimento da flexibilização de garantias. O garantismo, por sua vez, fomentou debate sobre a tensão entre as garantias individuais, deveres do Estado, pretensão punitiva e legitimação.

Este breve e perfunctório panorama histórico do Direito Penal permite situar as reflexões desenvolvidas neste trabalho e oferece subsídios para compreensão crítica de sua incidência na seara das licitações. Vale dizer, para perscrutar e tecer conclusões sobre esta intervenção penal exige-se noção de alguns dos aspectos dos problemas que desafiaram o pensamento jurídico, ao longo da história mais recente da civilização, de parte das complexas questões envolvidas e dos reflexos de determinada orientação no tratamento da matéria em estudo.

¹⁵ Idem, *passim*.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROTEÇÃO DE BEM JURÍDICO

1.1 Evolução histórica da proteção do bem jurídico

Para compreensão das transformações históricas do Direito Penal, do seu estágio de evolução, das perspectivas de seu modelo e de sua repercussão sobre outros subsistemas sociais, sobretudo em novos âmbitos de incidência, são essenciais noções básicas sobre a importância histórica, utilidade presente e futuro da aplicação do princípio da proteção do bem jurídico.

Antonio Carlos da Ponte¹⁶ ensina que a ideia de bem jurídico surgiu na primeira metade do século XIX, segundo uma concepção contratualista, sobretudo com Feuerbach, que concebia o delito como violação a um direito subjetivo individual. Biernbaum, por sua vez, entendia que o Estado não criava bens jurídicos, mas somente os garantia. Binding vislumbrava bem jurídico e norma como binômio inseparável. Liszt o considerava interesse juridicamente protegido. A proteção jurídica convertia este interesse humano em bem jurídico. Antonio Carlos da Ponte relembra que, ante a ausência de conceito material que limitasse o legislador, o neokantismo veio defender a natureza teleológica do bem jurídico, como princípio para interpretação dos tipos penais. Com a Escola de Kiel, todavia, crime passou a ser violação de um dever de obediência ao Estado, relegando o bem jurídico a um segundo plano e tornando o espírito do povo revelado por seu chefe como fonte de direito. No pós-segunda guerra, voltou-se a vincular bem jurídico e garantia do homem. Welzel o situava para além do Direito e do Estado, como estado social desejado a ser resguardado de lesões.

Hodiernamente, para se impor uma pena é preciso lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, segundo conceito material de delito exposto por Paulo Busato e Sandro Huapaya¹⁷. Para o princípio da necessidade da intervenção não ser vago requer-se uma base concreta, ou seja, saber o que é efetivamente

¹⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147.

¹⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39.

protegido. A teoria do bem jurídico tentou solucionar tal problema. O princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, ao impedir penas e crimes desprovidos do desiderato legítimo de proteção de um bem da vida e ao desencadear a despenalização das condutas fundamentadas na expressão de postulados morais, religiosos, políticos ou ideológicos.

Nestes termos, a construção dogmática do injusto trabalha com bens jurídicos que a sociedade plural reconheça. Não admite standardização ideológica, mediante uso da repressão como técnica para conservação da desigualdade capitalista ou como moral para coibir, por exemplo, homossexualismo e pornografia. Impõe-se a preocupação com bens essenciais às condições de realização do ser humano e indispensáveis à convivência em sociedade e ao seu desenvolvimento, como a vida, a liberdade, a saúde e outros que preexistem ao Estado e à norma. Esta apenas concretiza um valor prévio socialmente aceito. A função dogmática do princípio do bem jurídico é exegética e sistemática.

Assim, haveria pena somente para a lesão ou para o perigo ao bem jurídico, que pode ser concreto (converte-se em requisito de punibilidade) ou abstrato (o bem não se estabelece no tipo, mas o mero ato é motivo para a tipificação). Neste último caso, em regra, os bens seriam difusos. Outrossim, cabendo a tentativa na primeira modalidade (delitos de resultado ou lesão), a qual já colocaria em perigo o bem tutelado, trabalhar-se-ia, na segunda categoria, com perigo do perigo. Não surge contradição, pois a proteção na tentativa contempla um duplo desvalor, tanto da ação como do resultado. A preservação de valores da ação também serve para proteção de bens jurídicos. Como se percebe, a regulação das categorias acima aludidas goza de significativa relevância político-criminal.

Também fazendo uma digressão histórica, Paulo Busato e Sandro Huapaya¹⁸ ensinam que as concepções de bem jurídico transcendentalistas o situam além do Direito Positivo, seja de cunho *jusnaturalista* ou político-criminal, e que as imanentistas vislumbram-no dentro do sistema jurídico, sem existência própria, consistindo em valorações e construções das normas jurídico-penais. A ideia de bem jurídico nasce na primeira metade do século XIX, partindo do contrato social, do qual surgia o direito a ser respeitado e o dever de respeitar. O delito seria a lesão de um direito. Para Feuerbach o Direito Penal protegia direitos subjetivos dos particulares e não um

¹⁸ Idem, p. 42.

dever para com o Estado. Birnbaum, por sua vez, entendia que o Direito não podia ser diminuído e, portanto, ser objeto de lesão, ao contrário do bem que juridicamente nos pertencia, nascendo da natureza ou do desenvolvimento social. O Estado não os criava, mas os garantia a todos por igual. Segundo Binding, o bem jurídico não podia estabelecer-se para além do Direito e do Estado, importando, na verdade, a infração da norma. Vale dizer, o bem jurídico ficava estabelecido e não reconhecido no conteúdo da norma, sendo um estado valorado pelo legislador. Toda norma teria um bem jurídico, como produto de uma decisão política do Estado, e a sua lesão constituiria infração ao direito subjetivo de obediência¹⁹.

Diante desta visão positivista, as investigações de Von Liszt o levaram a entender que os bens jurídicos eram interesses vitais do indivíduo ou da comunidade, ultrapassando o ordenamento. Estariam na própria vida e receberiam proteção do Direito por intermédio das normas. Para sua identificação recorrer-se-ia à política criminal, surgindo uma função limitadora para criação e aplicação das normas.

O neokantismo vislumbrava na natureza teleológica do bem jurídico o limite para o legislador. O bem jurídico estaria em concordância com a *ratio legis* das normas penais. Para Honig, seria um critério de interpretação, ou seja, o fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais. Esta concepção despojava o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo apenas um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais, perdendo sua função garantista e incidência no âmbito da dogmática.

A Escola de Kiel, como ensinam Paulo Busato e Sandro Huapaya²⁰, a qual acabou por dar supedâneo teórico ao nacional-socialismo, reconheceu a lesão do dever como conteúdo material do injusto. Sob a sua ótica, não se podia separar realidade e valor, como faziam liberais, positivistas e neokantianos. Sendo o Direito ordenamento da vida do povo, teria como fonte o espírito do povo a ser interpretado pelo Estado, mais precisamente por seu chefe.

No pós-guerra, porém, retomou-se o caráter garantista do bem jurídico. No positivismo de Radbruch, prestigiou-se o Direito no conflito com a Justiça, sendo sua primeira missão a segurança jurídica e a paz. Welzel, por sua vez, situou o bem jurídico para além do Direito e do Estado, mas em vinculação ontológica, como o estado social

¹⁹ Idem, p. 44.

²⁰ Idem, p. 45.

desejável que o Direito queria resguardar de lesões. Ao Direito Penal não caberia propriamente proteger bens jurídicos e sim valores elementares da consciência e de caráter ético-social.

Com o funcionalismo sistêmico, priorizou-se a norma, em detrimento do bem jurídico. Com base na teoria do sistema social de Niklas Luhmann e nas ideias de dano social de Parsons, sustentava-se que o Direito Penal deveria preocupar-se com a disfuncionalidade sistêmica do comportamento a ser vedada pela via das sanções penais. Jakobs identificava o grau do dano social com sua disfuncionalidade, prestigiando a credibilidade normativa.

A obra de Zaffaroni, por sua vez, passou a preconizar a distinção entre bem jurídico lesado ou afetado e o tutelado cuja proteção penal seria inviável para o Direito Penal. Não sendo mais possível proteger o que foi atacado, restaria a intervenção na situação de emergência para controle social, somente se a situação intolerável estivesse atingindo um bem essencial ao desenvolvimento social do indivíduo²¹.

As tendências atuais são de fundamentar o bem jurídico a partir da política criminal, relacionando-o aos fins do ordenamento ou do Estado, seja no sentido jurídico constitucional, seja no sociológico. Figueiredo Dias busca na Constituição a referência da valoração social para seleção de bens jurídicos, preservando o sistema. Silva Sanches, mediante um funcionalismo moderado, prega uma configuração histórica pela interpretação constitucional. Hassemer, por sua vez, concebe o bem jurídico como interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal, a partir de uma perspectiva monista pessoal. A proteção seria manifestação de garantias de igualdade e liberdade cidadãs. Na realidade, não há identidade absoluta entre previsão normativa, até mesmo constitucional, e identificação do bem jurídico, mormente como limite do poder de punir, tanto que o Estado nazista e o stalinista não deixavam de ser constitucionais²².

Em recente trabalho sobre o tema, Manoella Guz e Eduardo Campana²³ também traçam panorama histórico do bem jurídico, relembrando, inicialmente, que bem é tudo aquilo que tenha utilidade e esteja apto a satisfazer as necessidades do ser humano, de sorte a reclamar, então, a tutela do Estado. Como valor ideal, no Iluminismo, surgiu

²¹ Idem, p. 45.

²² Idem, p. 46.

²³ GUZ, Manoella; CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. Bem jurídico-penal difuso ou coletivo. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, v. 21, n. 242, p. 9-32, out. 2009, p. 15.

conceito capaz de limitar o *jus puniendi*, fornecendo substrato material para a tipificação de delitos e rechaçando a noção de crime-pecado para se guiar pelos pressupostos de direito subjetivo, danosidade social e necessidade da pena. Com Paul Feuerbach, passa a pressupor o contrato, no qual os homens, por causa da insegurança, confiam ao Estado a conservação da ordem e este apenas pode intervir penalmente, quando houver lesão a interesses materiais de uma pessoa e não a uma norma ética ou divina. Atribui-se relevância jurídica à vítima, mas se exige também que a conduta gere perigo à ordem, sendo socialmente danosa.

Na doutrina, Johan Birnbaum, mesmo sem empregar a expressão, é considerado o criador da ideia de bem jurídico, ao dispensar a referência a direito subjetivo e ao conceber delito como lesão ou ameaça a bem jurídico e não lesão a direito, admitindo assim a tutela da religião e da moral. O Bem era extraído da realidade, valorado pelo Estado e considerado relevante para a pessoa ou coletividade. Legitimava, então, a incriminação. Nesse diapasão, Rudolph Von Jhering elaborou uma teoria dos interesses, segundo a qual o fim das ações humanas motivava o Direito, sendo a proteção penal meio subsidiário de proteção das condições de vida da sociedade. Os titulares dos bens seriam sujeitos jurídicos e, por conseguinte, também titulares de direitos subjetivos, os quais seriam reconhecidos ou estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vista de um interesse, isto é, de uma relação de valor que liga um bem a uma pessoa. Isto permitiria, a propósito, a classificação dos delitos pela ciência. Tais noções foram acolhidas também por Von Liszt²⁴.

Manoella Guz e Eduardo Campana²⁵ explicam, ademais, que Binding enfatizava a dependência da norma, a qual, com exclusividade, revelava o bem jurídico. O bem não era valoração social preexistente à norma, mas fruto da vontade do legislador. Nesta linha positivista, não haveria, ademais, distinção entre individuais, coletivos e supraindividuais. Para Von Liszt o bem jurídico era identificado como consequência das relações sociais, consistindo no interesse juridicamente protegido. Ambos, como positivistas, o primeiro mediante o critério lógico-normológico e o segundo pelo critério sociológico-naturalista, pautavam o conceito de bem no sistema jurídico e fático. Por outro lado, com a retomada dos ideais iluministas de Hegel e relativismo de Kant, Honig considera bem jurídico um valor cultural. A Escola de Kiel, todavia, trouxe críticas

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ Idem, p. 16.

contumazes à noção de bem jurídico, identificando a infração penal somente com a violação de um dever e concebendo um Direito Penal do autor e não do fato.

Após a Segunda Guerra, ressurgiu a preocupação com bem jurídico para limitar o poder punitivo. Ainda na lição de Manoella Guz e Eduardo Campana²⁶, seria o bem da vida para Welzel, segundo a consciência ético-social, ou seja, a situação social desejada. Em seguida, teorias sociológicas, como as de Hassemer e Habermas, e constitucionais, como as de Rudolphi e Roxin, passaram a traçar limites ao poder de punir. Amelung recorre ao conceito de danosidade social. Para Hassemer o bem é tutelado de acordo com a perspectiva político-criminal, enquanto Habermas prega o consenso racional para criminalização. Roxin preconiza a eleição do bem orientada pelos princípios constitucionais²⁷.

Ana Elisa Liberatore Bechara²⁸ descreve como o bem jurídico acompanhou a evolução do Direito Penal, desde a concepção de direitos subjetivos de Feuerbach; a identificação, por Birnbaum, do bem com o interesse do indivíduo a ser protegido pelo Estado e a ampliação do espectro material para alcançar bens e não apenas direitos; o positivismo de Binding que conferia ao legislador a eleição do bem formal e relacionava a lesão a um direito do Estado; a ideia de preexistentes interesses sociais vitais de Liszt; o conceito metodológico do bem jurídico, cujo conteúdo era extraído do mundo espiritual subjetivo dos valores culturais para interpretação dos tipos legais, esvaziando sua significação dogmática; o subsequente incremento da vinculação negativa ou limitação da sanção no Estado Democrático de Direito; até se chegar aos esforços para conceituação material, sobretudo com supedâneo na Constituição ou de acordo com a missão específica do Direito Penal, com a incursão na política criminal. Das teorias constitucionais, de caráter amplo ou estrito, chega-se a posições mais radicais, como de Ferrajoli, que reputa a lesividade ao bem a condição de toda justificação utilitária do Direito Penal, mediante juízo de valor, mormente acerca dos benefícios da pena. Por fim, cumpre registrar, nessa longa e complexa trajetória do estudo do bem jurídico, esforços teóricos para relacioná-lo a uma pauta mínima de direitos humanos mais do que aos valores constitucionais de determinado Estado.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ Op. cit., p. 16.

²⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, maio-ago. 2009, IBCCRIM, p. 18.

A observância da ideia de bem jurídico, no contexto atual, compreende não a proteção propriamente de um bem pelo Direito, mas da pessoa humana²⁹. Outrossim, seu conceito não pode ser fechado, sob pena de não atender aos movimentos de criminalização e despenalização, em uma sociedade dinâmica, e sob pena de não manter a legitimidade da função do Direito Penal, no caso concreto. Ana Elisa Liberatore Bechara aponta, por outro lado, uma dissolução do conceito, passando-se dos claros contornos tradicionalmente apresentados pelos bens individuais aos mais vagos e intangíveis, mormente aos bens supraindividuais. Esta desmaterialização acarreta dificuldades dogmáticas e político-criminais, principalmente para delimitação do bem, da lesão ou perigo, do nexo de causalidade e compatibilidade com caros princípios constitucionais.

Ainda sobre a relevância do bem jurídico destaca-se lição de Francisco Muñoz Conde³⁰ no sentido de que antijuridicidade é o juízo negativo unitário de valor sobre um comportamento humano. O que é antijurídico em um ramo do Direito o é nos demais, mas nem todo comportamento é penalmente relevante. Deve ser típica para desencadear a reação jurídico-penal. A norma penal, por sua vez, tem uma função protetora de bens jurídicos. Para cumprir esta função, eleva à categoria de delito, por meio da tipificação legal, os comportamentos que mais gravemente lesam ou põem em perigo os bens protegidos. O bem jurídico é, pois, a chave para descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento. Como o Direito Penal Latino-americano sofreu influência da dogmática alemã através de Jiménez de Asúa, a tipicidade acabou sendo entendida como elemento fundamental da teoria do delito, enquanto as teorias dos elementos negativos do tipo e da adequação social não tiveram maior eco nestas paragens. Aduz que o tipo do injusto tem também uma vertente subjetiva, mas difusa e que pode ser deduzida, mas não observada, admitindo gradações.

1.2 Conceito de bem jurídico

Para Francisco de Assis Toledo³¹, bens são coisas reais ou objetos ideais dotados de valor, que, além de serem o que são, valem, estando assim sujeitos aos riscos e

²⁹ Idem, p. 21.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 42.

³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

ataques. Dario José Kist³² transcreve conceitos desenvolvidos por festejados penalistas, como o de “pressupostos necessários para auto-realização da pessoa na vida social”, defendido por Francisco Muñoz Conde; a opinião de Navarrete no sentido de que são bens e valores mais sólidos para a convivência humana em condições de dignidade e progresso; a assertiva de Jescheck de que são aqueles indispensáveis para a convivência humana e que devem ser protegidos pelo poder coativo do Estado através da pena pública. Lembra, ademais, que, para Roxin, são pressupostos da existência em comum, caracterizados por situações valiosas; que, para Bettiol, são a posse ou a vida – valor que não é material, mas encontra na matéria sua referência – enfatizando-se que valor não é interesse; que, segundo Jager, bens jurídicos são situações valiosas que podem ser alteradas pela ação humana e que, portanto, podem ser protegidas por normas penais; e que Battaglini distingue bem jurídico formal – a norma contrariada pelo crime – e material – o interesse que ela protege.

Ainda na lição de Dario José Kist³³, bem jurídico, para Zaffaroni, é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, mediante normas proibitivas das condutas que a afeta; para Figueiredo Dias, refere-se às condições sociais básicas da livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui crime; para Aníbal Bruno, identificam-se com os valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura; para Cláudio Heleno Fragoso, são bens humanos ou da vida social a preservar, cuja natureza ou qualidade depende do sentido que a norma tem ou a ela é atribuído, sendo uma realidade contemplada pelo Direito.

Paulo Busato e Sandro Huapaya³⁴ relacionam entre as adversidades à conceituação de bem jurídico a possibilidade de confusão com objeto material e a própria tendência à abstração demasiada. Cumpre distinguir, então, o objeto que sofre a ação criminosa do interesse protegido, como o carro subtraído do patrimônio lesado. O objeto material e o bem jurídico se completam, como ideia e manifestação, mas são separados conceitualmente. Os bens jurídicos seriam valores ideais da ordem social, relacionados ao bem-estar e à dignidade da coletividade. Configurariam limites ao legislador na elaboração do injusto, condicionando a intervenção penal.

³² KIST, Dario José. Bem jurídico-penal – Evolução histórica, conceituação e funções? *Direito e Democracia*, v. 4, n. 1, p. 154-179, jan.-jun. 2003, p. 156.

³³ Idem, p. 157.

³⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 52.

Outro problema na conceituação é considerar ou não o bem o objetivo principal do Direito Penal, com identificação entre norma e tutela. Se a lei deve proteger bens jurídicos e são bens apenas aqueles protegidos pela lei, surge um paradoxo. Forçoso, no pensamento de muitos autores, admitir que o bem jurídico emana da realidade social, segundo convicções culturais de certo grupo. Os autores citados relembram que, para Welzel, coincidiria com uma função configuradora de costumes, enquanto para outros estudiosos, com os princípios democráticos. Neste ponto, diria respeito à proteção dos direitos fundamentais e não a uma vaga “ética social”, a qual estaria ao alcance, na verdade, da educação, da família, religião etc. Na análise da validade e legitimidade da norma penal importaria o cumprimento da tarefa de proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal. A proteção, porém, não se identifica e não procede da norma. Esta reflete a proteção³⁵.

Ainda quanto às concepções de bem jurídico, cumpre asseverar que, no monismo, teríamos uma só, enquanto o dualismo compreenderia a existência de bens coletivos e individuais, dependendo ambas do modelo de Estado eleito. Na primeira, a análise do bem ocorreria somente sob uma perspectiva. A desvantagem da segunda, por sua vez, seria a recusa de um conceito comum. Convém esclarecer que a concepção monista pode ser coletiva, identificando-se um bem jurídico individual somente se contido no interesse da coletividade, e personalista, restringindo-se o bem ao desenvolvimento pessoal. Para alguns estudiosos, esta última atenderia aos pressupostos democráticos contra um Estado Leviatã. Outros preconizam o reconhecimento de bens jurídicos universais, com relevantes efeitos práticos, como meio ambiente e economia. Aqueles rebatem tal tese, lembrando que não se pode prescindir dos reflexos no nível de dano ou de perigo à saúde, ao patrimônio ou outro interesse das pessoas. Somente assim, ademais, haveria consentimento (ex.: aceitação da intervenção para tatuagem ou brinco), disposição ou defesa de um bem jurídico, pelo titular³⁶.

No ensinamento de Francisco Muñoz Conde, a noção de bem jurídico como missão do Direito Penal viabiliza o critério de Justiça vinculado à política criminal, tornando mais evidentes para a sociedade as razões da penalização de certo comportamento e fornecendo-lhe substrato empírico, o que é fundamental na Democracia. O crime é sinal de que a proteção não funcionou, mas a necessidade de violação do bem

³⁵ Idem, p. 53.

³⁶ Op. cit., p. 53.

constitui limite material à intervenção estatal, preservando o princípio de que deve ser mínima e excepcional. Vale dizer, o Direito Penal que busca apenas a estabilização normativa não é capaz de justificar a contento a pena e pode servir à imposição de padrões ético-sociais de modo absolutista³⁷.

Para Juarez Tavares³⁸ bem jurídico é elemento da condição do sujeito e de sua projeção social, elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se deve referir a ação típica, pressupondo, ainda, lesão ou perigo de lesão. Segundo Silva Sánchez³⁹ e outros autores, o bem é eleito pela norma constitucional. Atualmente, a teoria do bem jurídico, priorizando os fins do ordenamento e do Estado, atribui-lhe o conteúdo da tipicidade e a significação do injusto, relacionando a dogmática à política criminal e restabelecendo uma aproximação da doutrina jurídica com a realidade social. Reflete, pois, o modelo de Estado e a ideologia vigente. Além de limitar o poder incriminador, a Constituição enseja uma leitura do Direito Penal que impõe a despenalização de algumas condutas, a incriminação de novas, o agravamento e o abrandamento de respostas, inclusive à luz da proporcionalidade.

Todavia, situar o bem jurídico, como pretendem alguns, acima da Constituição, porque esta pode existir e amparar até mesmo Estados autoritários, representaria incursão no âmbito do ideal, desprezando a soberania e a segurança jurídica. Melhor sujeitar sua eleição pelos Estados à observância dos Direitos Humanos, inclusive por ação da comunidade internacional, e prestigiar a contribuição da Ciência do Direito. Convence, então, a lição de Antonio Carlos da Ponte⁴⁰ no sentido de que é mais apropriado manter a relação do bem jurídico com a Constituição, fundada em direitos e garantias fundamentais, do que trabalhar com conceitos vagos e imprecisos. A legalidade não obsta o aperfeiçoamento e a aproximação de um ordenamento à efetividade dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, sendo ainda o porto seguro do Direito Penal.

O mestre sintetiza, com precisão, as funções do bem jurídico em: axiológica, revelando os valores que nortearão a atividade de legislar; sistemática, classificando e agrupando os delitos; exegética, subsidiando a interpretação dos tipos

³⁷ Op. cit., p. 54.

³⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, passim.

⁴⁰ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 151.

penais; dogmática, oferecendo conceitos à teoria geral do crime; e crítica, denotando os objetivos do legislador.

1.3 Funções do bem jurídico

Por todo exposto, a proteção de bens jurídicos é apropriada e essencial às políticas criminais de um Estado Social e Democrático de Direito. Condiciona a seleção do legislador, como ponto de referência da ilicitude material, e a atividade do aplicador. Constitui, enfim, centro da estrutura dogmática na construção da norma, consoante sábias observações de Paulo Busato e Sandro Huapaya⁴¹. A par da função dogmática, sobretudo no tocante às causas de justificação, a função sistemática da proteção de bens jurídicos propicia a hierarquia entre as infrações e o agrupamento dos tipos, segundo espécie e intensidade da devida proteção. Corroborando o princípio da proporcionalidade, admitindo reprimendas mais gravosas para crimes de lesão do que de perigo.

Por fim, sua função interpretativa permite a compreensão da norma e das categorias dogmáticas de acordo com os objetivos do Direito Penal e de política criminal. Não se trataria de perquirir a intenção do legislador, mas os pressupostos de legitimidade e validade normativa. Estas noções sobre bem jurídico devem nortear a intervenção penal nas licitações, cuja exigência e regularidade atendem ao interesse público.

Márcia Dometila de Carvalho⁴² relembra que, na doutrina moderna, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, rechaçando aspectos subjetivos estranhos à realidade social e obstando a consideração de condutas, embora relevantes, que não ofendem os respectivos bens. Assevera que a ofensa não tem relevância penal, se os princípios constitucionais não forem arranhados. Defende, então, a avaliação da conduta à luz dos valores constitucionais e a subsistência da lei anterior somente na parte congruente materialmente com a nova ordem constitucional. Ausente novo fundamento de validade e eficácia da norma penal, não haveria recepção pela Lei Maior, não se devendo olvidar ainda, no seu entendimento, da utilidade de normas premiaias e permissivas para a promoção de certos bens.

Alguns estudiosos ponderam que a eleição dos bens é permeada pelos interesses das classes dominantes, não obstante sob o sentido de interesse geral, sendo

⁴¹ KIST, Dario José. Op. cit., p. 60

⁴² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 34.

viável, porém, efetivar este último e reverter aquela incidência, mediante interpretação. O cidadão é julgado à luz de sua totalidade individual e realidade histórica e cultural, permitindo a visão do injusto em eventual desvalor.

O bem jurídico é o ponto de união entre dogmática e política criminal⁴³. Além da função garantidora, oferece conteúdo à tipicidade e antijuridicidade. Propicia as excludentes de ambas, como na insignificância e na adequação social. A primeira destas deve ser concebida em cotejo com os princípios constitucionais. Márcia Dometila de Carvalho invoca Welzel, para quem a proteção recai sobre valores elementares da consciência e do caráter ético social, contemplando bens particulares de maneira complementar, e sustenta que a tutela penal deve observar a hierarquia dos bens jurídicos, na Lei Maior, em determinado momento histórico, inclusive para graduação das penas. No seu sentir, as proibições também não podem afrontar princípios éticos da Constituição, inclusive aqueles extraídos de preceitos programáticos.

São premissas de um processo despenalizador e de outro de criminalização. Infrações que não ofendem significativamente interesses abrigados na Lei maior perdem a razão de ser e sua relevância social, enquanto devem ser tipificadas condutas de ataque ou ameaça a novos valores, inclusive situações objetivas consagradas em convenções internacionais, embora desprovidas de expressa referência no texto constitucional. Tal entendimento atenderia ao caráter de *extrema ratio* do Direito Penal e restringiria o princípio da continuidade da legislação penal à compatibilidade com a nova ordem.

Nosso Estado Democrático de Direito priorizou a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. Optou ainda por uma democracia econômica e social, pressupondo a relação entre liberdade real e intervenção estatal, com vistas à igualdade de oportunidades e às condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Assim, princípios do Estado Liberal, como legalidade, culpabilidade e de cunho processual propiciam segurança jurídica contra o arbítrio estatal, o que desponta evidente na Parte Geral do Código Penal, enquanto valores constitucionais infiltram a Parte Especial na tipificação de condutas para a proteção de determinados bens jurídicos, à luz da fragmentariedade e da eticidade. A funcionalidade do Direito Penal reforça a importância do bem jurídico. Alguns doutrinadores chegam a incluir na conceituação de

⁴³ Idem, p. 35.

delito a idoneidade para ofender valor constitucionalmente significativo, com cominação de pena proporcional ao significado teleológico do valor⁴⁴.

Pondera-se, neste lance, que o conceito deve se pautar pelo que é o crime, sob enfoque dogmático e positivo, e não pelo que deveria ser. Vale dizer, se fossem exigidos estes novos elementos para considerar uma conduta delituosa, fatalmente várias disposições legais não seriam aplicadas e muitos tipos penais seriam desprezados, o que não se coaduna com o espírito e o caráter sistemático de um ordenamento jurídico posto, reconhecido pela sociedade e formalmente em vigor.

Aquela corrente de pensamento entende que, estando o Estado Democrático de Direito aberto às transformações políticas, a lei deve refletir o respectivo conteúdo constitucional. A despenalização, no sistema pátrio, alcançaria, por exemplo, a prostituição, o rufianismo, o adultério e o curandeirismo, incompatíveis com o princípio da tolerância ou restritos a certos dogmas de ordem moral. Reputa-se temerária e inviável, contudo, a recusa da aplicação das normas penais pelo juiz por não se referirem, supostamente, a valores constitucionais. Tal tarefa deveria ficar aos auspícios do legislador, no exercício da representação popular. Caberia apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade daquelas que efetivamente violassem princípios constitucionais, como os da proporcionalidade e da intervenção mínima.

Isto não impede a análise crítica da legislação brasileira, inclusive da Lei de Licitações, para proposição de profunda revisão de sorte a ajustá-la fielmente à melhor conjugação e arranjo dos princípios constitucionais, ao primado da codificação e às diretrizes do Direito Penal moderno, voltado para a proteção de bens jurídicos, atentando-se para sua missão precípua e suas limitações. A compreensão do conteúdo da ordem positiva também pode levar em conta tais aspectos, de sorte a refutar soluções e interpretações precipitadas, superadas e incompatíveis com a evolução do pensamento jurídico. Operam-se, assim, as funções axiológica, dogmática, crítica e interpretativa do bem jurídico. Vale dizer, estas premissas orientam a análise dos valores sujeitos à tutela penal, da adequação das opções adotadas pelo legislador e das resoluções exegéticas adequadas.

Por outro lado, no tocante ao processo de criminalização de novas condutas, em consonância com a relevância atribuída a certos bens jurídicos pela ordem

⁴⁴ Idem, p. 41.

constitucional, sobretudo aos bens difusos e coletivos que ainda não contavam com tutela penal, restaria a provocação do Legislativo pela sociedade e a propositura de mandado de injunção ou de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Seria vedado ao aplicador criar tipos penais ou recorrer à analogia, à luz do princípio da legalidade e da separação de poderes, mesmo sob invocação da proteção de bem jurídico albergado pela Lei Maior e da existência de mandado de criminalização explícito.

O professor Antonio Carlos da Ponte⁴⁵ observa que na Carta Magna são encontrados mandados de criminalização, que vinculam o legislador à proteção de certos bens e interesses relevantes. Podem ser explícitos, como na abordagem constitucional do racismo, da tortura, do tráfico de entorpecente, do terrorismo, dos crimes hediondos, dos delitos sexuais contra menores, das infrações contra o meio ambiente, contra a ordem constitucional e contra Estado Democrático, do crime de retenção dolosa de salário e outros previstos em convenções internacionais sobre direitos humanos. Parte da doutrina admite ainda os mandados implícitos, como na corrupção eleitoral, quando o delito representa ataque contra os princípios e direitos fundamentais.

Márcia Dometila de Carvalho⁴⁶ preconiza a superioridade conferida pela Constituição à defesa da ordem econômico-social e ao meio ambiente em relação ao patrimônio, por exemplo, vislumbrando algumas incongruências no rol dos delitos hediondos. Este deveria conter todas e apenas as condutas que atacam mais gravemente o fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a dignidade da pessoa humana, não podendo a lei ou a emenda constitucional ampliar o rol para qualquer infração.

A autora repugna, a propósito, a visão reducionista da ideia de justiça penal, sem atenção ao conceito de culpabilidade social. A hediondez deveria ser extraída da hierarquia dos bens constitucionais, sobressaindo os interesses coletivos e supraindividuais. No mais, as profundas alterações da realidade subjacente à edição do Código de 1940 demandariam a adequação do Direito Penal, sobretudo à ordem constitucional superveniente e à função social da pena. Há penalistas que propugnam, neste contexto, por um conceito constitucional material do delito e pela concepção do Direito Penal como instrumento da liberdade contra ataques do Estado ou de particulares.

⁴⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 152.

⁴⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 48.

Questiona-se ainda a premissa da liberdade real (presunção) para a reprovabilidade, a imputabilidade e, por conseguinte, a culpabilidade⁴⁷. Este último princípio, de qualquer sorte, fundamenta a pena e seu caráter retributivo, mas também a limita, resguardando a dignidade da pessoa humana. A par da função preventiva, a pena encontra fundamento na necessidade social, superando a impossibilidade de comprovação do livre-arbítrio. A política criminal, neste diapasão, transcende a dogmática. Ainda segundo esta ordem de ideias, a culpabilidade não é individualista, mas em relação aos demais membros da sociedade, e seu fundamento material, outrossim, é buscado na função motivadora da norma penal e no contexto sociocultural. O Direito Penal da culpabilidade tende a oferecer a maior proteção com o menor sacrifício para a liberdade do cidadão.

1.4 Espécies de bens jurídicos

A teoria da Geração/Dimensão dos Direitos vislumbra conquistas progressivas de direitos relacionados à liberdade, direitos sociais e supraindividuais⁴⁸. Os supraindividuais – difusos ou coletivos – integram a terceira geração, havendo quem admita ainda uma quarta geração de direitos, atinentes ao patrimônio genético. As duas categorias de supraindividuais podem exigir uma abstenção ou uma atuação do Estado, com vistas à dignidade da pessoa humana. Na sociedade de risco, o desenvolvimento pode acarretar práticas lesivas aos bens jurídicos, por vezes imprevisíveis. Para combatê-las, contudo, não há como prescindir de princípios constitucionais explícitos e implícitos, mormente da dignidade da pessoa humana que propicia unidade dos direitos e garantias fundamentais. Como qualidade inerente ao ser humano, desde a antiguidade, a dignidade consolidou-se no Iluminismo, a partir das premissas de Kant de que o homem é um fim em si mesmo e de que sua vontade é própria, sob a ideia da liberdade. Inalienável e irrenunciável, ela deve ser respeitada e promovida. Nesse contexto, determina a proteção pelo Direito Penal dos bens jurídicos, tanto individuais como difusos e coletivos, indispensáveis ao desenvolvimento social do homem.

⁴⁷ Idem, p. 63.

⁴⁸ GUZ, Manoella. Campana, Eduardo Luiz Michelin. Bem jurídico-penal difuso ou coletivo. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, v. 21, n. 242, p. 9-32, out. 2009, p. 9.

Manoella Guz e Eduardo Campana⁴⁹ observam que os bens jurídicos supraindividuais não afastam a análise do bem jurídico da perspectiva da pessoa. Sua tutela impõe-se justamente para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, conforme lição de Hassemer. Esta escolha é reflexo do modelo de Estado Democrático de Direito. Subsiste o sistema punitivo clássico, mas com adaptações para o combate à criminalidade moderna. A interpretação de um bem jurídico, neste quadro, difere da concebida por um Estado autoritário, tendo em vista a preocupação com a liberdade, a interação dos princípios constitucionais e proteção de bens jurídicos, em contraste com a punição de toda conduta que não convenha ao governante, no modelo arbitrário. O bem, estabelecendo a relação entre indivíduo e objeto, pode ser conceituado como bem vital protegido juridicamente, estado social a ser assegurado contra lesões ou aquilo que seja indispensável para a convivência humana.

Os bens jurídicos individuais admitem identificação direta, enquanto difusos situam-se abstratamente na comunidade e sua proteção se pauta pelos efeitos lesivos aos membros. Na linha de pensamento da Escola de Frankfurt e do Direito Penal Mínimo, apenas lesões sobre as pessoas, nítidas na tutela dos bens individuais, legitimariam as intervenções penais. Todavia, no Estado Social de Direito, diversamente do Liberal, interesses sociais merecem proteção, visando a participação dos indivíduos no sistema social. Para o Estado Democrático fundado na dignidade da pessoa humana é imprescindível a tutela dos bens supraindividuais. Cumpre registrar, a propósito, a distinção feita por alguns estudiosos entre interesses coletivos, que são metaindividuais de uma coletividade, e difusos, que são metaindividuais de uma massa, segundo valores genéricos. Bens supraindividuais, de qualquer maneira, não encerram vítimas específicas e sua tutela é efetuada preponderantemente de maneira preventiva, mediante tipos abertos, de perigo abstrato e normas penais em branco⁵⁰.

Eduardo Saad Diniz⁵¹ explica que, no bojo da generalização do processo criminógeno e simbolismo penal, Bernd Schünemamm preconiza bens jurídicos intermediários, espiritualizados, com a abstração de lesões específicas a bens determinados. A ideia é rejeitada pela Escola de Frankfurt, mediante propositura de um Direito de Intervenção, com o controle das fontes de perigo por técnicas de gerenciamento

⁴⁹ Idem, p. 9.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ DINIZ, Eduardo Saad. Estudos sobre os delitos contra a Administração Pública. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). *Crimes contra a Administração Pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 56.

de riscos e modalidades punitivas extrapenais. Eduardo Saad Diniz critica a pretensa confusão entre a natureza e a finalidade das sanções, lembrando que as administrativas não possuem o mesmo sentido preventivo das penais. Todavia, cumpre ponderar que podem exercer, secundária e eficazmente, esta função. De qualquer modo, a atribuição de responsabilidade penal deveria observar o risco permitido e o risco juridicamente reprovado, entre os quais situar-se-ia o juízo da necessidade da intervenção.

Eduardo Saad Diniz⁵² lembra ainda do problema atinente aos delitos de cumulação, nos quais a universalidade do bem jurídico não seria afetada pela ação isolada de um sujeito, mas por sua reiteração, consistente na prática daquela mesma ação por outros sujeitos (condutas cumuladas), como cada despejo de detritos promovido por várias pessoas jurídicas em um mesmo rio (poluição de recursos hídricos), lesando o meio ambiente. Assim ocorreria com ofensas leves à ordem tributária ou aos negócios estatais que, reunidas, comprometeriam a confiança na administração pública. Segundo o autor, Roxin recusa tal ideia, observando que o indivíduo acabaria punido por conduta de outro, além da vagueza da descrição típica e do risco proibido, pois, em princípio, qualquer atitude o geraria, recaindo desvalor sobre condutas marginais. A questão interessa, portanto, às relações com a Administração, como àquelas desenvolvidas na seara das licitações.

Esta desindividualização da culpabilidade, com efeito, alargaria a interpretação do conceito de bem jurídico, afrontaria princípios clássicos do Direito Penal e traria problemas para a teoria da prevenção geral positiva. A intervenção punitiva tutelaria inseguranças ou sensações coletivas. Nem mesmo a limitação empírico-racional do recurso à cumulação, rechaçando a veiculação de meros valores morais, e os subsídios científicos para o juízo de reprovação resolveriam o dilema da necessidade da intervenção, à luz de questões como significância, demandas de funcionalidade e legitimidade da pena. Roxin reafirma, então, a funcionalidade da persecução penal e a eficácia preventiva. A confiança na moralidade administrativa recairia, na verdade, no funcionamento da administração. A recusa dos delitos de cumulação não impõe, contudo, o abandono das conquistas do reconhecimento de bens supraindividuais.

Eduardo Saad Diniz⁵³ entende que a reconstrução do bem jurídico e a administrativização do caráter sancionatório despontam como tendência, na medida do

⁵² Idem, p. 57.

⁵³ Idem, p. 56.

reconhecimento da função normativa da administração na gestão de seus próprios conflitos de interesse, o que pode gerar gravames pesados sobre as liberdades individuais, embora reconheça que este fenômeno dependeria da assimilação acrítica daqueles movimentos. A pena, neste contexto, deveria assumir caráter patrimonial e a produção normativa orientar-se para o futuro, como nos delitos por cumulação.

Vicente Greco Filho⁵⁴ destaca o inter-relacionamento dos bens jurídicos, que se agrupam em círculos concêntricos, secantes ou ambos. Existiriam bens nucleares, ao redor dos quais gravitariam outros menos valiosos, servindo, a tutela penal dos periféricos, de escudo ou blindagem, possível e desejável, ao bem central. Em outras situações, bens se entrelaçariam em círculos secantes, participando do sistema solar de um e servindo também de escudo de outro. Observa, ademais, que há delitos pluriofensivos, que atingem manifestamente mais de um bem jurídico, impondo-se a opção pelo mais importante, permeada pela influência da ideologia e da política criminal. É comum o legislador não indicar o bem (ex.: crime contra a vida), principalmente em leis especiais. Acrescente-se que é possível, em tese, empregar nomenclatura que não corresponda ao verdadeiro sentido das normas ou especificar somente um dos bens efetivamente tutelados, naquele setor da legislação. Discute-se, de qualquer modo, se a eleição do bem é feita livremente pelo legislador ou vinculada à Constituição, restrita aos seus mandados explícitos ou não.

Édson Luís Baldan⁵⁵ entende que não se contesta que o processo de jurisdicação de determinados bens e interesses seja irreduzível a sistemas lógicos, mas o que se defende é que os critérios de eleição, pelo legislador, desses elementos valorados possam ser facilmente aferidos pela análise do bem jurídico que efetiva ou supostamente se buscou tutelar. Aduz que o princípio da ponderação axiológica constitui o critério normativo de distinção entre ilícito penal e administrativo, sendo que ao Direito Penal pertencem condutas que, antes e independentemente de sua valoração como ilícitos, têm um mais amplo desvalor moral, cultural e social, enquanto o Administrativo pode se ocupar de conduta axiologicamente neutra e importante para a mera ordenação. Isto impediria que o Direito Penal Administrativo atual fosse reconduzido ao Direito de mera ordenação.

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

⁵⁵ BALDAN, Édson Luís. *Por uma delimitação conceitual do direito penal econômico pela análise da ordem econômica como bem jurídico tutelado*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 54.

A realidade criminológica subjacente, no entanto, obriga o legislador a tipificar fatos que atentam simultaneamente contra vários bens jurídicos. O autor cita, a propósito, os crimes contra a confiança no tráfico jurídico, como categoria defendida por parte da doutrina entre os clássicos delitos patrimoniais e os modernos crimes econômicos⁵⁶. Observa, outrossim, colisão mais intensa entre Direito Penal e Administrativo nas ordens pública e econômica, setores de especial intervencionismo e carentes de proteção severa do Direito sancionador. Há doutrinadores que não vislumbram diferença substancial entre ilícito administrativo e penal, cuja qualificação é escolha de política legislativa, enquanto outros buscam critérios científicos, como a lesão, pelo delito, de interesses vitais, ou seja, de bens jurídicos e de interesses da Administração pelo ilícito administrativo. Há distinções construídas pela ciência, ademais, em razão da sanção, de seu aplicador, da gravidade ou da relevância ético-social de cada conduta para a vida em sociedade⁵⁷.

Miguel Reale Júnior⁵⁸ assevera que o bem jurídico preexiste à construção normativa e que o princípio da ofensividade incide com relação ao ilícito administrativo, mormente se se visa, mediante sua tipificação, à proteção do interesse geral, expresso, por exemplo, na tutela do meio ambiente, no resguardo à segurança do tráfico, na proteção à saúde pública ou na defesa da ordem econômica. O bem jurídico orientaria o legislador na decisão sobre qual sanção (penal ou administrativa) cominar. O autor sustenta que os processos de despenalização na Itália e na França nada têm a ver com a importância do bem jurídico, mas com a conveniência política da escolha do caminho para melhor alcançar os fins preventivos ou retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único, tratando-se de um problema de eficácia social e não de diversidade axiológica. No tocante à terceira via, dotada de sanções não privativas de liberdade e garantias menores, que denomina *Direito Administrativo Penal*, criticando a terminologia *Direito de Intervenção*, por serem também interventivas as demais, o professor defende uma Parte Geral com princípios garantistas próprios do Direito Penal e ordenadores. Deste modo, almeja-se, de um lado, a eficácia das normas infracionais, com a ampliação do âmbito de incidência, como na responsabilidade solidária, na forma

⁵⁶ Idem, p. 112-113.

⁵⁷ Idem, p. 117-118.

⁵⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, n. 28, p. 116-129, out.-dez. 1999, São Paulo, p. 122-125.

comissiva por omissão, e, de outro, a sua limitação, mediante admissão do erro de tipo ou da extinção da punibilidade.

Manoella Guz⁵⁹ relembra, por sua vez, que a dignidade penal é atribuída a certos bens jurídicos, mediante mandados de criminalização expressos ou implícitos na Constituição ou opção do legislador ordinário, pautado pelos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade. Os bens jurídicos, por sua vez, podem ser individuais ou universais, cujos titulares são indeterminados e cuja proteção reclama atuação preventiva e não simplesmente repressiva. Sua preservação é essencial para a dignidade e vida de cada cidadão, sendo imprescindível evitar o dano e coibir condutas que ofereçam o risco correspondente. Assim, princípios e instrumentos clássicos do Direito Penal submetem-se a uma adaptação. Enquanto alguns teóricos refutam esta flexibilização e reputam ilegítima tal tutela, outros propõem alternativas, como o *Direito de Intervenção*.

1.5 Delimitação do bem jurídico nas licitações

Tratando-se de licitação, o bem jurídico protegido refere-se a uma coletividade e não a uma pessoa ou a toda humanidade. Não tem titular ou titulares determinados, como o patrimônio, mas também não interessa a todo ser humano, como a biossegurança e o meio ambiente. Sob este aspecto, vislumbra-se subjacente ao interesse específico da pessoa jurídica contratante ou do licitante o interesse de uma coletividade, até porque ao erário aportam recursos do conjunto de contribuintes, cuja aplicação eficiente esperam, e para toda a população é importante a contraprestação mais vantajosa, como, por exemplo, determinada obra ou serviço público de qualidade com menor custo social e individual. Ademais, a moralidade no seio da Administração e a isonomia interessam a todos os cidadãos e não apenas aos pretensos licitantes. A confiabilidade e o bom funcionamento do Estado transcendem interesses de grupos, dizem com a vontade geral e os valores democráticos. Assim, como atende aos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, a intervenção penal contra graves ataques às licitações decorre, implicitamente, dos preceitos constitucionais. Em suma, não se impõe apenas para assegurar ao ente administrativo a lisura no procedimento de escolha e, por conseguinte, o melhor negócio ou ao interessado a disputa equânime e livre.

⁵⁹ GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 188.

Ainda que não recaísse também diretamente sobre o interesse de pessoas, a tutela penal seria demandada pelos interesses metaindividuais. Esta não é incompatível, pois, com um modelo de garantias do Direito Penal, centrado no ser humano. Em última instância, o indivíduo também é afetado por ataques ao instituto da licitação. Sua defesa não se esgota na garantia ao patrimônio de quem adquire o bem ou recebe o serviço. A despeito das afirmações genéricas de Thaís de Camargo Rodrigues⁶⁰ de que o bem jurídico é a Administração Pública, de João Marcello de Araújo Junior⁶¹ de que é o interesse individual da Administração e não metaindividual ou de outros autores de que corresponde à mera regularidade do procedimento, são substancialmente protegidas, na realidade, pela intervenção penal, nesta seara, a moralidade administrativa e a isonomia, além de, indiretamente, a impessoalidade, a probidade e a eficiência da Administração. Embora, no início, priorizou-se a concepção de que tutela recaía sobre a ordem econômica, consolidou-se o entendimento de que se objetivava a defesa da Administração Pública e a efetivação dos princípios inexoráveis norteadores de sua atividade. Ao projetar seus efeitos relevantes sobre a sociedade, esta proteção penal satisfaz interesses metaindividuais. Como se não bastasse, são resguardados também os interesses de particulares, mais precisamente dos licitantes, pela garantia de uma disputa igualitária e escoreita, e das entidades administrativas destinatárias do objeto licitado.

Neste sentido, partindo-se da definição da natureza dos interesses presentes na licitação e do pressuposto de que a proteção de bem jurídico vincula, condiciona e limita a intervenção penal, não se poderia tipificar, por exemplo, qualquer conduta relacionada ao procedimento licitatório, arbitrariamente escolhida pelo legislador, mas apenas aquelas que efetivamente teriam o condão de afetar seus objetivos primordiais e, principalmente, o interesse denominado público pela doutrina administrativista. Vale dizer, definido o bem jurídico, à luz da Lei Maior, a norma penal não poderia incriminar ato que não lhe representasse ameaça ou lesão. Não bastariam perspectivas de prejuízos a interesses secundários ou indiretos. De outro giro, os interesses metaindividuais relevantes e acolhidos pela Lei Maior, como o zelo pela *res publica*, exigem a incidência do Direito

⁶⁰ RODRIGUES, Thaís de Camargo. Os crimes da Lei de Licitação como crimes contra a Administração Pública. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). *Crimes contra a Administração Pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 197.

⁶¹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. O espaço jurídico-criminal dos tribunais de contas: brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da Lei 8666, de 21 de junho de 1993. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4, n. 13, p.172-181, jan.-mar. 1996. São Paulo, p. 33.

Penal para sua proteção, o que se vislumbra claramente nos mandados de criminalização distribuídos ao longo do texto constitucional.

Não obstante o constituinte, no tocante às licitações, não tenha estabelecido mandado de criminalização explícito, não se vislumbra impedimento para o legislador ordinário tratar do tema no âmbito penal, pois não atentaria contra direitos e garantias individuais ou princípios acolhidos por nossa Carta Magna. Muito pelo contrário, esta revelou peculiar preocupação com a tutela do respectivo bem jurídico e não adotou preceito incompatível com a criação de delitos neste âmbito, sobretudo por razões de política criminal. Vale dizer, atitudes contrárias ao instituto não encontram guarida no primado da tolerância, na liberdade, direito ou garantia individual.

A incriminação, contudo, está sujeita aos princípios constitucionais adiante analisados e à proteção do bem jurídico, sob crivo constitucional. A opção do legislador por incriminar condutas que comprometam efetivamente o resultado das licitações condiz, a propósito, com o propugnado processo de despenalização e criminalização simultâneas para adequação do sistema penal aos princípios constitucionais, mormente da intervenção mínima e proporcionalidade, à vigente hierarquia de valores da Lei Maior, às exigências legítimas de política criminal, a uma concepção funcionalista moderada do Direito Penal e à dupla face do garantismo.

Compreende-se que, a despeito de ausente mandado de criminalização explícito, o Legislativo, na representação da vontade popular, goza do poder de tornar delitos determinadas condutas praticadas em detrimento da obrigatoriedade e regularidade das licitações, por não haver vedação constitucional, como existe à criminalização de comportamentos simplesmente indesejados ou reprovados por determinado receituário moral ou religioso, de manifestações de pensamento, de condutas não lesivas e outras amparadas por garantias e princípios constitucionais.

O legislador não está vinculado à tipificação de delitos ordenada expressamente pela Lei Maior, como preconizam alguns estudiosos, mas não pode realizá-la ao arrepio das normas hierarquicamente superiores e sem buscar suas raízes na ordem constitucional. Forçoso ainda observar o princípio da intervenção mínima e a exigência de proteção de bem jurídico. Muito mais do que isso, o legislador não apenas pode, mas deve incriminar os ataques às licitações, pois a Carta Magna o determina, implicitamente, ao lhe conferir destaque na satisfação do interesse público e, mais precisamente, na concretização dos princípios da moralidade administrativa e isonomia.

Portanto, a intervenção penal nas licitações deve ser mínima, condicionada à proteção do respectivo bem jurídico e limitada por postulados de política criminal, mas eficiente e inexorável, sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos que orientam as relações do Estado na sociedade.

Partindo destas premissas, o crescimento econômico, o desenvolvimento social, o aperfeiçoamento da estrutura administrativa, a intensificação de suas relações com os particulares, a colisão entre a busca incessante dos particulares por ganhos vertiginosos e o interesse público em contratos vantajosos para o Estado, historicamente, representaram alguns dos fatores que provocaram o surgimento de normas para os negócios da Administração e, em virtude de sua constante violação, a adoção de mecanismos excepcionais de coerção. O progressivo abuso na intervenção penal, todavia, vem provocando restrição despicienda e ilegítima à liberdade individual, como na construção de crimes de perigo abstrato, por exemplo, fazendo presumi-lo, embora nem sempre presente e demonstrado ou quando seria possível e recomendável a exigência do perigo concreto. Somente assim, o bem, enquanto algo valioso, útil e necessário ao homem, elevado à categoria de jurídico, ao receber a proteção do Direito, estaria resguardado, com o mínimo sacrifício da liberdade e dos direitos individuais.

No entanto, os perigos – não apenas naturais, mas também causados pelo homem – aos interesses albergados pela lei vêm desencadeando uma postura progressivamente preventiva, especialmente do Direito Penal, na crença, por vezes equivocada, de que assim se obteria tutela mais eficiente. Nesta linha de ideias, os valores prestigiados pela ordem social, desenhada pelo modo de produção estabelecido, pelo perfil cultural e pelo resultado de seus conflitos e discursos normativos, seriam resguardados da lesão, segundo um Direito Penal prospectivo e não simplesmente retributivo até a linha extrema do acolhimento do princípio da precaução.

Tal preocupação é revelada por inúmeras obras recentes do legislador pátrio, incluindo alguns tipos penais da Lei de Licitações, invariavelmente voltados para atos periféricos ou já tipificados, subsumidos à tentativa ou preparatórios, os quais poderiam apenas em tese comprometer o ideal de boa contratação pela Administração. A pretensão de pleno controle, pelo Direito Penal, de um estado de coisas compatível com determinados interesses, diante daquela sensação disseminada de risco, produz a precipitada valorização do discurso jurídico, a inflação legislativa e a hipertrofia penal,

distanciando-se do imperativo de proteção do bem jurídico e das funções precípuas da pena.

Ainda no tocante à delimitação da responsabilização, além da necessidade de corresponder à proteção de bem jurídico condizente com a ordem constitucional e seus princípios, são úteis diversas contribuições científicas. Alessandra Orcesi Pedro Greco⁶², após breve explanação sobre a teoria da imputação objetiva, inclusive sobre a ideia de criação de risco não permitido e sobre os critérios de exclusão da imputação, como diminuição do risco, princípio da confiança, proibição de regresso, autocolocação da vítima em risco e consentimento do ofendido, conclui pela sua aplicabilidade aos crimes contra a Administração, afastando-se a responsabilidade de quem apenas aparentemente seria causador, no plano da causalidade naturalística.

Em sua opinião, dos procedimentos administrativos de que resultam crimes participam muitos agentes, sendo ainda mais importantes os critérios positivos e negativos da imputação para responsabilização penal justa. Assim, impedir-se-ia, por exemplo, a imediata punição do secretário que subscreveu discordância por escrito de uma suplementação de verba ilegal, prescindindo-se de prévia análise do dolo ou de excludente, pois sequer teria gerado o risco. A professora cita ainda a hipótese de apresentação, numa licitação, de documento falso, aceito por todos os demais participantes do procedimento, para a qual não se deveria dispensar a verificação de quem gerou o risco proibido, sem prejuízo de eventual participação de terceiro.

Enfim, a intervenção penal no âmbito das licitações é permeada pela proteção de interesses individuais e coletivos, simultaneamente. Nesta ordem de ideias, não devem ser coibidas apenas as condutas que afetam diretamente um indivíduo. Em contrapartida, não se cuidando propriamente de interesses de toda a humanidade e de atividade cujas consequências ainda são imprevisíveis, descabe a ampla adoção de técnicas empregadas no combate aos novos males da denominada sociedade de risco e não se impõem soluções dogmáticas excepcionais em um quadro de garantias individuais e direitos fundamentais, arduamente conquistados ao longo da história recente, como sucessivos tipos abertos e de perigo abstrato, assim como grande número de normas

⁶² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A imputação objetiva e crimes contra a administração pública. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). *Crimes contra a Administração Pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 62.

penais em branco. Por outro lado, subsiste útil, neste panorama, o emprego de critérios da imputação objetiva para justa responsabilização.

1.6 Excessos na intervenção penal, à luz da proteção do bem jurídico

Outro tema essencial do debate sobre os limites da intervenção penal diz respeito à antecipação do Direito Penal para coibir o risco e cuidar de suas fontes, como técnica aparentemente eficiente para proteger bens relevantes de ações e consequências ainda imprecisas para o saber humano ou assaz perniciosas. Na Lei 8666/93 há vários tipos que cuidam de condutas desprovidas de resultado ou de perigo concreto para o bem jurídico e que equiparam tentativa à consumação, preocupando-se em rechaçar qualquer possibilidade abstrata de dano.

Blanca Mendoza Buergo⁶³ assevera que o modelo teórico sobre uma sociedade de risco desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck foi incorporado rapidamente às reflexões sobre a evolução do Direito, sobretudo Penal, como acerca da ampliação das fronteiras da punição, a orientação pela prevenção e a mudança no papel de controle dos conflitos. A autora cita três aspectos mais importantes da sociedade de risco.

O primeiro seria a transformação potencial de perigos, atualmente mais artificiais, produzidos pela atividade e decisão humanas, muitos dos quais globalizados e oriundos do progresso tecnológico. Afetariam a imputação da responsabilidade pelas consequências indesejadas, por vezes, suprimindo os pilares básicos do cálculo de riscos e de seguridade.

O segundo elemento seria a complexidade organizacional das relações de responsabilidade, com o incremento das relações causais, as dificuldades para sua compreensão e a substituição de contexto de ação individual por coletiva. Muitas pessoas concorreriam para o processo e a responsabilidade estaria ramificada. Haveria ainda condutas individuais que por acumulação e sinergia acabariam sendo nocivas. Numa irresponsabilidade organizada, o indivíduo teria menor sensação de responsabilidade e perspectiva da vítima. No Direito Penal de segurança haveria uma culpabilidade difusa. Menciona-se ainda a divergência entre a produção do risco e afetação em sociedades funcionalmente diferenciadas. Além disso, alguns riscos são desconhecidos, imprevisíveis e produzidos contra o próprio agente.

⁶³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 11.

A terceira característica da chamada sociedade de risco é a sensação de insegurança subjetiva, independentemente da presença de perigos reais. A autora destaca que, segundo Kaufmann, os membros da sociedade estão mais seguros e, paradoxalmente, possuem uma sensação crescente de insegurança. A demanda especificamente normativa de segurança se pauta pelo convencimento de que se estará livre de temores. A segurança converte-se assim em motivo dominante da ordenação da vida social.

Blanca Mendoza Buergo destaca a alteração da perspectiva reativa e repressiva para uma preventiva do Direito Penal. A compreensão do fenômeno da sociedade de risco teve reflexos nos estudos jurídicos justamente por causa da relação de riscos com atividades e decisões humanas suscetíveis de algum controle, mormente pela intervenção penal. O denominado Direito Penal de risco seria um conjunto de modificações estruturais para adaptar o Direito Penal à sociedade de risco, cujas consequências são de relevante análise.

Segundo Pablo Rodrigo Alflen da Silva⁶⁴, na dialética da modernidade, o problema não é mais o combate a um Direito Penal moralizador, o que se fez com a filosofia política do Iluminismo, mas sim a um Direito Penal inspirado nas teorias sociológicas, à luz de um modelo globalizante, quando se está diante de uma revolução científica. A superação da razão técnico-instrumental, associada à emergência da sociedade do risco, implicará a substituição do paradigma penal.

Para o autor a sociedade do risco suscita novos problemas no Direito Penal, como a maior relevância dos riscos derivados de ações humanas peculiares do que aqueles oriundos de acontecimentos naturais, próprios da sociedade industrial, para os quais a tutela penal era inócua. Embora o risco não seja expressão nova no Direito Penal, sendo fundamental a ideia de sua criação e incremento para imputação, nos estudos dos dogmáticos do risco de primeira geração, assumiu outra dimensão, sob o prisma sociológico, inclusive global, numa sociedade massificada, tecnologizada e globalizada.

A sociedade mundial do risco contempla a globalização e a informação, com aspectos sociológicos importantes para o Direito Penal. A segurança se converte em pretensão social, com expectativa de resposta pelo Estado, resultando em preceitos sobre lavagem de dinheiro e sistema financeiro, cujos projetos já apresentam tendência à

⁶⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Características de um direito penal do risco. Disponível em: [<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11390/caracteristicas-de-um-direito-penal-do-risco>]. Acesso em: 07 ago. 2010, p. 1.

indeterminação. Segundo alguns estudiosos, no tocante à criminalidade global, pode ser identificada a organizada; a ambiental e econômica (nem sempre organizada); e aquela atinente aos pressupostos tecnológicos da globalização, como a informática.

Consoante lição de Pablo Rodrigo Alflen da Silva⁶⁵, os desenvolvimentos e aspectos críticos da moderna sociedade do risco para o Direito Penal foram analisados pela Escola de Frankfurt, originariamente por Prittwitz, que vislumbrava o surgimento de um Direito Penal do risco como *sola ratio*, ao invés do caráter fragmentário e de *ultima ratio*. Tal Direito apresentar-se-ia expansivo, acolhendo novos candidatos a bens jurídicos, como meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais, processamento de dados, tributos, adiando as barreiras entre comportamento punível e não punível, e reduzindo as exigências para reprovabilidade.

O autor destaca que Hassemer, por sua vez, observa a relevância, neste Direito, dos crimes de perigo abstrato, que se contentam com prova de conduta perigosa e renunciam aos pressupostos clássicos de punição, reduzindo as possibilidades de defesa. Surgem ainda novos tipos e são agravadas as penas no âmbito da criminalidade organizada. Prittwitz reconhece que o discurso sociológico do risco tem repercussão no Direito, embora a ideia vetusta de risco também tivesse. Registra três modelos. No primeiro, a sociedade se caracteriza pelo aumento dos perigos de grande dimensão, novos ou recentemente conhecidos, como consequência do progresso técnico. No segundo, a sociedade do risco se mostra subjetivamente insegura, diante dos novos riscos percebidos. No terceiro, surgem orientações pelo risco e a sociedade transforma perigos imprevisíveis e incontroláveis em riscos, tornando-se, simultaneamente, objetivamente segura e insegura através do convívio com os perigos.

A segurança é contraconceito de risco para Hassemer. O temor aos riscos é como aos crimes, não sendo reflexo direto da ameaça real e desenvolvendo-se segundo suas próprias leis. Os riscos atingiriam justamente os campos de modernização da vida, onde são desconhecidos, como a globalização da economia e da cultura, difusão das drogas, migração e integração, funcionamento do sistema monetário, informática etc. Ante o receio de colapso dos sistemas, a reação acaba não sendo refletida e tranquila, mas própria de uma insegurança geral. Explicar-se-ia assim a preocupação com a prevenção e a segurança, em detrimento da privacidade. Ainda segundo aquele pensador, o Direito

⁶⁵ Idem, p. 2.

Penal não seria o instrumento mais adequado ao combate do risco, mas seria visto justamente como risco, ao lhe ser conferida uma função simbólica.

O comportamento a ser tipificado não se considera previamente inadequado. Ao contrário, criminaliza-se para ser considerado socialmente desvalorado. O Estado torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos e não propriamente da segurança jurídica. A motivação ética comumente não tem relação com a violência, mas com atitudes com consequências que transcendem a criminalidade clássica. A proteção dos bens jurídicos passa de proibição a mandado de punição. O Direito Penal do risco é moderno também em relação ao modo como é compreendido e legitimado. Contudo, pressupõe uma decisão, subsistindo a racionalidade.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva observa que o agravamento do Direito Penal e o aperfeiçoamento da proteção, com incremento de bens jurídicos tutelados, ampliação da respectiva esfera objetiva de tutela (contra ameaça, lesão até destruição) e da disposição subjetiva (culpa e mera colocação em perigo), reduzindo-se as exigências para reprovabilidade, são também diagnosticados por Prittwitz. Forçoso analisar, então, a repercussão destas tendências na dogmática jurídico-penal e na política criminal, como, por exemplo, a responsabilização de pessoa jurídica, sobretudo na ausência decisão racional de risco, por ter provocado sua ampliação.

O Direito Penal Ambiental seria protótipo deste novo Direito, pois estruturado pela redução do espaço de risco permitido, priorizando-se o aumento do risco em relação ao dano; fundado nos efeitos preventivos e não nos critérios de imputação tradicionais; e voltado para uma função simbólica. A legislação penal ambiental, neste contexto, normalmente refere-se a disposições administrativas e usa de tipos em branco, pois os bens jurídicos universais e de maior complexidade não podem ser tratados exaustivamente por aquela, sendo menor a determinação legal do injusto.

Na sociedade de risco surgem condutas a reprimir que não se coadunariam com os conceitos clássicos, inclusive da teoria do delito, e com garantias formais e materiais, na extensão concebida até então. A flexibilização de regras de imputação e de princípios político-criminais afetaria, inexoravelmente, a função garantista do Direito Penal. Este não estaria preparado para tutela de grandes riscos, se preservasse a legitimação substancial no modelo contratual, na finalidade exclusivamente protetora dos bens jurídicos, na intervenção mínima e na *ultima ratio*. No mesmo diapasão, ante interesses complexos e transnacionais, os tipos não poderão contar com o mesmo nível de

determinação. O paradigma clássico se orientava pela ideia de indivíduo e o atual, pela de macrocriminalidade. Para Silva Sanchez será um Direito crescentemente unificado e menos garantista.

O Direito Penal deveria, por conseguinte, ser mais abrangente e flexível para responder de maneira adequada a crescentes perturbações. O legislador não teria a mesma cautela para introduzir conceitos normativos indeterminados e cláusulas gerais. Os tipos seriam mais vagos e ambíguos, além do uso frequente das leis penais em branco e remissões dinâmicas. Situações complexas e instáveis que demandassem tutela penal sempre existiram, mas em número menor, preexistindo críticas sobre a conversão da autoridade administrativa em legislador, em detrimento da divisão de poderes. Seria preciso manter a abstração da lei penal de forma constante, com a concretização adequada ao rápido desenvolvimento dos modernos riscos.

No Brasil, tal técnica legislativa já se observou na Lei de Drogas, de Desarmamento e de crimes ambientais. Diante do abuso no seu emprego, para Ferrajoli constituiria uma caixa vazia preenchível com conteúdos arbitrários, típica de estado de polícia e de intervenção punitiva sem vínculo. Subsistem, assim, controvérsias sobre a possibilidade de a reformulação do postulado da certeza e determinação proposta pelo Direito Penal do risco preservar as garantias fundamentais do cidadão e vários princípios do Estado de Direito. Ao menos seria fundamental estabelecer diretrizes constitucionais para criação de leis penais em branco.

Para Pablo Rodrigo Alflen da Silva⁶⁶ surgiram princípios com base na ideia de que lei certa possibilitava o conhecimento pelos cidadãos do que era proibido e a prevenção geral. O Direito Penal se apresentou como meio de solução de conflitos sociais e de manobra social, não se distinguindo de outros, quanto à utilidade e gravidade. Quando o legislador, contudo, passa à experimentação, orientando-se pelos efeitos empíricos de sua atuação e os preceitos imprecisos, em detrimento da lei certa, acabam por não resolver várias questões, tende a transferi-las à atividade jurisdicional, cuja compreensão pode divergir, substancialmente, daquela por ele pretendida.

No mesmo sentido, a responsabilização de pessoas jurídicas e naturais por decisão de risco não racionais, conforme um modelo normativo de decisão de risco, e pelo incremento deste, independentemente da probabilidade de dano, tenderia a

⁶⁶ Idem, p. 7.

estigmatizar o desconhecimento e a produzir a consciência deste. Da censura individual passaria a objetivar a solução de problemas, muitas vezes afetos a outros ramos do direito, desprezando as noções de culpabilidade e *ultima ratio*. O Direito Penal preocupar-se-ia cada vez mais em oferecer resposta célere para cada novo problema e preocupação dos cidadãos de modo a suscitar confiança na sua atuação e acalmar reações, ainda que imprópria à luta eficiente contra a criminalidade real. Produziria, pois, apenas efeito simbólico.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva⁶⁷ relembra que até mesmo Beck, o qual depositava esperanças no Direito e na Justiça, diante dos desdobramentos do enfrentamento da sociedade de risco, sugeriu a descontaminação simbólica do Direito. O autor observa que muitos estudiosos correlacionam a globalização do Direito Penal e internacionalização da persecução à erosão da herança cultural coletiva, no tocante à conquista histórica dos princípios jurídico-penais.

Cornelius Prittwitz⁶⁸ expõe o significado tridimensional do termo expansão do Direito Penal, como inclusão de novos candidatos a bens jurídicos, adiantamento das barreiras entre comportamento punível e impunível, e redução das exigências de reprovabilidade, passando da hostilidade para a periculosidade ao bem. Destaca a revitalização da força conformadora dos costumes do Direito Penal. As condutas coibidas geralmente não contrariam a ética mais imediata e raramente tem relação com violência, sendo identificadas, algumas vezes, com criminalidade de bagatela, cuja cumulação gera o perigo indesejado.

O autor entende que a funcionalidade do Direito Penal não se limita à minimização do risco, contemplando a segurança subjetiva. Para alguns estudiosos, a vetusta ideia de contrato social somente seria consistente, se houvesse a participação das futuras gerações. Partindo-se das assertivas de Schünemann, o primeiro bem jurídico seria a sobrevivência da espécie humana e o segundo, o meio ambiente habitável, pois todas as gerações teriam um direito relativamente igual à utilização dos recursos humanos. Embora entenda que não lhes serviria o conceito pessoal e monista de bem jurídico, outros juristas ressalvam que tal categoria contemplaria bens universais. Prittwitz questiona a capacidade

⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁸ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y derecho penal, un tema frankfurtiano? In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NETO MARTIN, Adan (coord.). *Critica y justificacion del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003. (Estudios; n. 91), p. 259.

e cabimento do Direito Penal, na sociedade de risco, para assegurar o futuro longínquo, na medida em que pressupõe a origem da ameaça em comportamento passível de proibição. Problematisa ainda a possibilidade de emprego das atuais estruturas de imputação ou de simplificação, no Estado de Direito.

Pierpaolo Cruz Bottini⁶⁹, após conceber risco como o adjetivo conferido ao agir humano diante do perigo ou de sua possibilidade, relembra que este fenômeno era uma construção subjetiva do ser humano para o pensamento positivista clássico, por força da compreensão da realidade por meras abstrações. Com as modernas teorias da física quântica e a constatação científica de que as relações naturais não seguem uma lógica causal estável, sendo impossível o conhecimento absoluto dos nexos de causalidade, o perigo é concebido como realidade objetiva passível de ser quantificado. O risco é a qualidade da situação que antecede o perigo e encerra, como representação do futuro, opções e estratégia. Embora sempre existisse nas atividades humanas, tornando-se estas mais arriscadas, o cotidiano passou a demandar constantes avaliações de riscos. A sociedade não é propriamente de perigo, mas de risco, pois a crescente sensação deste não é diretamente proporcional a uma intensificação da lesividade.

Pierpaolo Cruz Bottini⁷⁰ destaca o paradoxo do risco, segundo o qual as estruturas do modo de produção são desestruturadas pela intensificação do próprio modelo que as criou. O risco é indispensável à produção de riquezas e à manutenção da organização econômica, mas deve ser contido, sobretudo em virtude da reflexividade. É inevitável, aliás, a repercussão no Direito, enquanto instrumento de gestão de riscos (análise e administração), e nos seus institutos e regras, as quais despontam abertas por insuficiência do conhecimento da causalidade e falta de referenciais absolutos. O invocado autor destaca, neste fenômeno de incorporação do risco por vários setores comunicativos da sociedade, a presença, no Direito Penal, de tipos de perigo abstrato, a normatização de nexos causais pela teoria da imputação objetiva, o desenvolvimento das normas de cuidado e dos delitos culposos, do risco permitido e do garantidor nos delitos comissivos por omissão, novas concepções dogmáticas da omissão e da autoria. No modelo atual, outrossim, o risco refere-se mais ao comportamento humano e à organização coletiva do que a perigos externos. Coexistem, ademais, a perda de referenciais éticos e a demanda por atividade fiscalizatória do Estado.

⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

⁷⁰ Idem, p. 50.

Neste contexto, à excessiva importância atribuída aos objetivos preventivos corresponde o abandono do modelo de Direito Penal Mínimo. Por isso, estudiosos, como Janaína Conceição Paschoal⁷¹, em minucioso trabalho sobre ingerência indevida, resgatam a proeminência da função retributiva da sanção penal, sem torná-la instrumento usual de prevenção contra riscos e sem expandir o Direito Penal, independentemente da lesividade. Outrossim, a intervenção penal em variegados setores da vida social, com vistas a novos bens jurídicos, deixou de se ater ao paradigma da violência e outros sintomas de periculosidade, condizentes com a defesa do escopo de ressocialização da pena e defesa social. A propósito, em um quadro de ampliação das relações sociais, dos riscos aos respectivos interesses e das estratégias de contenção para certo grau de segurança, vislumbra-se a intensificação da comunicação do subsistema jurídico, segundo as noções de encerramento operativo e de acoplamento estrutural, com o meio e outros subsistemas.

Renato de Mello Jorge Silveira⁷² observa que, na tutela de interesses difusos, é comum o simbolismo penal, com a ampla tipificação e influência das ideias de Lei e Ordem, cujos efeitos são aparentes, no tocante à solução dos problemas da criminalidade. São presenciadas, então, práticas incompatíveis com a dogmática moderna e com princípios do Estado Democrático de Direito. O bem jurídico da noção de lesividade passa à de segurança e prevenção, antecipando-se tutelas e satisfazendo-se as necessidades de penalização da opinião pública.

Jesús-María Silva Sánchez⁷³ destaca a tendência nas legislações de introdução de novos tipos penais e de agravamento dos já existentes, com a reinterpretção de garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Enfatiza a criação de bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de risco relevantes juridicamente, a flexibilização de regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais. Relembra que na própria Exposição de Motivos do Código Penal espanhol de 1995 houve reconhecimento de antinomia entre a intervenção mínima e as necessidades de tutela de uma sociedade cada vez mais complexa, com vistas ao acolhimento de novas formas de delinquência e à eliminação de figuras que perderam a

⁷¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida*. Tese de Livre-Docência da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 152.

⁷² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

razão de ser, tendo este resultado, porém, insignificante. Para tranquilizar a opinião pública, sem propiciar, contudo, proteção efetiva, esta expansão atende a demandas também irracionais.

Silva Sánchez⁷⁴ contrapõe a tal movimento notório a concepção do Direito Penal como instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente relevantes. A criação do crime de lavagem de dinheiro, por exemplo, seria manifestação de expansão razoável apenas para condutas que lesionassem, efetivamente, a ordem econômica, assim como a ciberdelinquência e a criminalidade organizada. Reconhece, por outro lado, que a generalização de novas realidades, a deterioração de outras abundantes, ensejando bens escassos e o incremento de valor de certas realidades concorrem para aquela intensificação da intervenção penal.

Referido autor diagnostica, outrossim, a distribuição de riscos na sociedade pós-industrial de insegurança e as incertezas sobre relação de causa-efeito, a crescente interdependência dos indivíduos e a assunção de funções de proteção de esferas alheias, a crise do modelo de Estado do bem-estar e a criminalidade de massas, a revolução das comunicações e a dificuldade de domínio do curso dos acontecimentos, em prol da perplexidade do relativismo. Tal tendência daria relevo à delinquência não intencional, tornando secundária sua qualificação como dolosa ou culposa, exasperando os delitos de comissão por omissão e os tipos de perigo abstrato e provocando retrocesso na aplicação da teoria do risco permitido, além do fenômeno da “sociedade de sujeitos passivos”, da identificação da maioria com a vítima e da pena com a solidariedade social.

Na opinião de Silva Sánchez⁷⁵, a reforma antigarantista com vistas à criminalidade dos poderosos e das empresas repercute sobre a geral. O desprezo pela moral e pela ética, a evolução do modelo de responsabilidade para o de seguro, no Direito Civil, e o recurso ao princípio da oportunidade, no Direito Administrativo, contribuem para o descrédito de instâncias de proteção diversas do Direito Penal. Novos gestores da moral – atípicos em relação à burguesia – como ecologistas, feministas, consumidores e até mesmo vetustos abolicionistas, geram demandas de criminalização, inclusive contraproducentes. O gerencialismo, como pretensão de solução de problemas, vislumbra como óbice a articulação do Direito Penal com valores e procedimentos formais. A Justiça negociada relega a verdade a um segundo plano e admite pactos e imunidade. A

⁷⁴ Idem, p. 33.

⁷⁵ Idem, p. 71.

privatização dos delitos pela mediação e desformalização, com seus déficits de legalidade e imparcialidade, decorrem da aludida expansão do Direito Penal. O autor comunga, por outro lado, da tese de que boa parte de sua dimensão preventiva reside em seu significado comunicativo, enquanto aqueles fenômenos, como soluções de emergência, prejudicam a sacralização de seu caráter público, sua legitimidade e eficácia preventiva, incrementando, como compensação, a sanção.

1.7 Modelo dualista do Direito Penal e Direito de Intervenção

Muito se discute sobre a necessidade e amplitude da intervenção penal nos ataques a interesses coletivos e difusos, sobre a suficiência dos demais ramos do Direito e sobre a possibilidade de aplicação de um sistema punitivo intermediário, que não recorra à pena privativa de liberdade, mas prescindida de toda amplitude de garantias do processo penal, encerrando resposta mais célere, simples e eficiente. Com efeito, a criminalização crescente ou indiscriminada, mediante imposição da privação da liberdade como reação simbólica de vingança e de clamor público, não constitui solução eficaz para novos dilemas que afligem o meio social, na pós-modernidade, e representa retrocesso para o desenvolvimento da efetivação de garantias individuais e dos direitos humanos. Outrossim, é preciso reconhecer os limites para solução de problemas complexos, a excepcionalidade e as finalidades primordiais da intervenção penal. Em contrapartida, é perceptível alguma eficácia na utilização de outros instrumentos jurídicos, sobretudo para fins preventivos.

Neste contexto, em matérias às quais a Lei Maior atribui relevância impõe-se a atuação do Direito Penal, mas vinculada à efetiva proteção dos verdadeiros bens jurídicos e, por conseguinte, adstrita às respectivas lesões e ameaças concretas que preocupam a sociedade. Perturbações menos graves ou remotamente relacionadas à possibilidade daqueles eventos poderiam ser tratadas pelo Direito Administrativo, na sua vertente sancionadora. Assim, a tutela do bem jurídico conviveria com a intervenção mínima, a proporcionalidade e outros princípios que resguardam o indivíduo do abuso ou do arbítrio do Estado, sem frustrar os anseios legítimos por uma resposta estatal incisiva e oportuna.

Como bem pondera Fernando Capez⁷⁶, a norma penal no Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como delito, independentemente do sentimento social de Justiça. Muito pelo contrário, sob pena de colidir com a Lei Maior, o tipo deverá selecionar obrigatoriamente, dentre todos os comportamentos humanos, apenas aqueles que realmente possuam lesividade social. É imperativa, neste modelo de Estado, a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não é somente aquilo que o legislador diz ser (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa, se não colocar em perigo, de algum modo, os valores fundamentais da sociedade. O autor exemplifica com a incriminação da opinião contrária à do governante, a qual, mesmo preenchendo os requisitos formais, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e materialmente não poderia subsistir. Assim ocorreria também com normas que atentassem contra outros princípios constitucionais daquele decorrentes, como a intervenção mínima, a proporcionalidade, a lesividade etc.

Segundo Jesús-María Silva Sánchez⁷⁷, o decisivo da diferenciação entre infrações não é somente a configuração do injusto, senão os critérios de imputação e as garantias de diverso signo (formais e materiais) na imposição de sanções. A sujeição a um juiz é uma diferença qualitativa, assim como a impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade pela administração. Para o autor é determinante o critério teleológico, ou seja, a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o administrativo-sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens em casos concretos, consoante a lesividade ou periculosidade concreta e imputação individual, enquanto o segundo busca a ordenação, de modo geral, de setores de atividade, isto é, o reforço do modelo de gestão setorial, mediante sanções, de acordo com considerações de afetação geral e estatística, sem ser estrito na imputação e na persecução, sujeita mais à oportunidade do que à legalidade. Não precisa que a conduta seja relativamente perturbadora de um bem jurídico ou que se examine a lesividade no caso concreto. Importa o dano cumulativo ou derivado de repetição, que dispensa a valoração de um fato específico para atentar para a transcendência global de um gênero de condutas. É precisamente o que se vislumbra, segundo a linha deste trabalho, em perturbações de atos periféricos ou isolados da licitação, intervenções indevidas em cadastro de licitantes,

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 15.

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 150.

admissão de inidôneo, patrocínio de interesse legítimo e outras, que, isoladamente, não comprometem efetivamente o instituto, mais precisamente os princípios essenciais da moralidade e da igualdade. Não há certeza absoluta sequer da lesão ao resultado de um certame. Apenas em grande escala poderiam comprometer o sistema, bastando a intervenção do Direito administrativo-sancionador para evitar tal fenômeno.

O autor em comento relembra que uma determinada pessoa com 0,6 mg de álcool de litro por sangue pode não representar perigo ao tráfego de veículos ou a outros bens jurídicos, mas comete infração administrativa, pois estatísticas revelam que a maioria, nestas condições, criariam risco à segurança de terceiros. No âmbito penal, contudo, não cabe esta ordenação do setor, mas o exame judicial da lesão e perigo concreto ao bem jurídico, que, no exemplo, não existe. Desponta, então, como característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção da racionalização por repetições do Direito Administrativo. A recondução a este ramo de condutas que não atentam de fato contra o bem tutelado, concebido à luz da Constituição e não aleatoriamente indicado, constitui reação à administrativização do Direito Penal, que solapa sua origem, seus principais fundamentos e funções e que desvirtua a natureza e as finalidades da sanção penal.

O paradigma de que é possível sancionar um comportamento individual de *per se* não lesivo ou que não ofereça perigo concreto ao bem jurídico parte de conjecturas no sentido de que outros sujeitos contribuirão para o processo causal, em detrimento da culpabilidade. O tratamento não equitativo de ações distintas também afrontará a proporcionalidade, segundo lição de Silva Sanchez. A destinação da intervenção penal para problemas sistêmicos e não para condutas individualmente ofensivas e a impossibilidade de distribuição da pena entre as contribuições individuais são objeções não respondidas a contento pelos defensores dos delitos por acumulação. Não por acaso estes acabaram por sugerir que a infração de contaminação de águas seja apenas administrativa. A categoria dogmática da autoria acessória, por sua vez, não lhes socorreria, até porque não se trataria de um fato sobre o qual se projetam condutas segmentadas, mas de pluralidade de fatos. Sequer o processo penal se coadunaria com uma espécie de autoria acessória universal e permanente.

Silva Sanchez vislumbra neste Estado de Prevenção a inclusão da atividade administrativa em si mesmo considerada no objeto de proteção do Direito Penal, com a recuperação da ideia de polícia e controle. A atuação sem licença ou o óbice à

fiscalização já desencadearia aplicação de pena. As infrações administrativas formais, igualmente, revelariam este critério gerencial de riscos. O Direito Penal, por sua vez, estaria incorporando a prevenção cognitiva para neutralizar de fato (não comunicativamente) o fenômeno delitivo. A vinculação desta neutralização ao positivismo criminológico e aos fins da pena, mormente sua modalidade seletiva, muito debatida nos EUA, segundo equação de custos e benefícios, prognósticos e critérios atuariais para retirar de grupos a oportunidade de delinquir, refletiria esta administrativização do Direito Penal.

O autor invocado observa que, dada a impossibilidade de reconstrução do pretense Direito Penal Liberal, centrado em bens personalistas, é louvável a proposta de recondução desta expansão ao Direito Administrativo Sancionador, embora entenda que não seja solução para as razões daquela inflação penal. Pondera que a estes novos delitos já são cominadas sanções privativas de liberdade de gravidade média, é decrescente a rigidez das regras de imputação e são flexibilizados os princípios político-criminais, nestes casos. Partindo da premissa de que nem todo sistema sancionatório deve ter as mesmas garantias e atentando para as consequências do Direito Penal, que não são, peremptoriamente, penas de morte e corporais como na origem, admite a diminuição de garantias, se corresponder à substituição das sanções privativas da liberdade por restritivas de direitos, pecuniárias e reparação penal. Seria manifestação do mesmo fenômeno de flexibilização dogmática do Direito Penal Administrativo alemão ou do Direito Administrativo Sancionador espanhol. Todavia, cumpre ponderar que para aqueles que situam a privação de liberdade na essência do Direito Penal, a proposta anterior de submissão de condutas afoitamente criminalizadas ao Direito Administrativo Sancionador seria mais apropriada à compatibilização entre expansão da tutela, mormente de novos bens, e preservação dos princípios penais clássicos. Outrossim, a unidade e coerência do sistema, além da segurança jurídica, sofreriam com a flexibilização de garantias no Direito Penal em apenas algumas situações.

Segundo Silva Sanchez, esta graduação de regras de imputação e princípios seria encontrada no Direito da Intervenção, idealizado por Hassemer, situado entre o Direito Penal nuclear e administrativo, entre o Civil e o Público, para ilícitos econômicos, ecológicos e de entorpecentes. Tal sistema jurídico, voltado ao combate de formas modernas de causação de danos, contaria com elementos penais, orientado em

termos preventivos, mas sem reprovação pessoal e privação de liberdade⁷⁸. Silva Sánchez, por sua vez, opta pela configuração dualista (de velocidades) do próprio Direito Penal, que contemple um modelo de menor intensidade garantística, destacando as vantagens dos instrumentos de persecução pública e da neutralidade política. Este poderia conter, então, os delitos de acumulação e de perigo abstrato. É cediço que a demanda social por proteção não é satisfeita de modo funcional pelo Direito Penal reduzido ao seu núcleo principal e a expansão inevitável encerra bens que justamente implicam a flexibilização de regras de imputação e princípios de garantia, como os difusos antes referidos. O autor descarta, em contrapartida, a sanção privativa de liberdade para estas hipóteses. Com todo respeito ao entendimento exposto, a proporcionalidade, a proibição de insuficiência e a relevância de determinados bens jurídicos, inclusive difusos, cuja tutela eficiente passou a ser imposta pela Lei Maior, não condizem com o abandono da cominação da prisão. É questionável justificar este esvaziamento das características essenciais do Direito Penal com a preservação da judicialização, da capacidade simbólico-comunicativa e do significado penal destes ilícitos.

Pode-se prescindir destes fatores, se se trata de conduta cujo grau de reprovação não legitima a privação da liberdade, e conferir seu tratamento à Administração, sem prejuízo de eventual apreciação de lesão a direito pelo Judiciário. Outrossim, é mais coerente transferir ao Direito Administrativo a tipificação de algumas condutas do que admitir a flexibilização interna de princípios fundamentais do Direito Penal, como legalidade e culpabilidade, ou de regras de imputação, como critérios de autoria e vencibilidade do erro ou responsabilidade de pessoa jurídica, para incriminar aqueles comportamentos, sem prisão. Não atenderia à proporcionalidade, aliás, a sugestão de abdicar desta sanção para delitos econômicos, cuja danosidade social é muito mais intensa do que de alguns crimes contra o patrimônio, para os quais aquela reprimenda seria mantida.

Assiste-lhe razão, todavia, ao afirmar que se opor à “modernização” do Direito Penal, concebida como expansão e flexibilização de princípios e regras de imputação, inclusive com cominação de pena privativa de liberdade, não significa preconizar o inviável resgate de um Direito Penal Liberal, que jamais, aliás, foi alcançado, ou a adoção de um Direito de classes. Recorrer ao Direito Administrativo Sancionador,

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 183.

como se defende neste trabalho, não equivale a excluir determinada espécie de criminalidade da consequência da privação de liberdade, como a econômica ou aquela voltada contra a Administração Pública, comumente praticada por indivíduos mais abastados. Muito pelo contrário, segundo a hierarquia constitucional de valores, a otimização e conjugação de princípios da Lei Maior, inclusive os da lesividade, proteção de bem jurídico e proibição da insuficiência, é possível incriminar condutas mais graves e danosas à sociedade, geralmente praticadas por titulares de poder econômico ou político, relegando ao Direito Administrativo Sancionador outras que não ofereçam perigo concreto ao interesse tutelado e até mesmo aquelas lesivas a bens menos valiosos, com baixo grau de lesividade ou de pouca repercussão social, normalmente cometidas por despossuídos e marginalizados. Desde que os critérios para submeter cada conduta a um ou a outro ramo do Direito sejam claros, lógicos, razoáveis e objetivos, com raízes constitucionais e sem deixar a construção dos sistemas às injunções ideológicas, não se falará em Direito de classes.

Sendo inexorável a coexistência de “Direitos Penais distintos”, nas palavras de Silva Sánchez⁷⁹, impende refletir sobre a melhor solução daquelas apresentadas pela Ciência do Direito, desenvolvê-la para cada matéria relevante nos dias de hoje e implementá-la de acordo com as específicas condutas humanas de interesse social. Neste contexto, debruçando-se sobre as variegadas análises dos fundamentos e limites da intervenção penal, acima reproduzidas, tarefa essencial à compreensão e ao estudo de qualquer crime, pode-se concluir que a incriminação de condutas efetivamente comprometedoras das licitações possui raízes na Constituição, a despeito da ausência de mandado de criminalização expresso. Vale dizer, o comando ao legislador penal estaria implícito no texto constitucional. Reputam-se, pois, inegáveis a necessidade e a possibilidade de criação de tipos penais para combater sérias ofensas ao bem jurídico representado pela imposição de licitação regular. Por outro lado, careceria de legitimidade a incriminação de quaisquer atos abstratamente relacionados a perigos cogitados para interesses secundários, com vistas à sensação ilusória de segurança.

Neste estreito âmbito de intervenção legítima, as sanções, aliás, deveriam ser mais rigorosas, sobretudo para fraudes de significativa repercussão para o erário, dada a relevância do interesse protegido, no moderno desenho ideológico das instituições e no modelo vigente de Estado Democrático de Direito. Penas privativas de

⁷⁹ Idem, p. 186.

liberdade irrisórias, na comparação com aquelas cominadas a infrações de interesse meramente individual, sobretudo quando este é disponível e não se verificam consequências lesivas significantes para o meio social, assim como patamares desprovidos de critério sistemático e lógico também entre si, desobedecem ao princípio da proporcionalidade e da proteção eficiente do bem jurídico, à luz do garantismo positivo.

Em contrapartida, perturbações menos graves ou remotamente relacionadas a possíveis lesões poderiam ser tratadas pelo Direito Administrativo, não justificando algumas figuras típicas da lei especial e não legitimando a extensão, a redação ou a sanção de outras, como adiante restará evidenciado. Sem prejuízo desta análise crítica e das ponderações de *lege ferenda*, é importante sugerir as soluções exegéticas, entre várias divergentes suscitadas na doutrina e na jurisprudência, que seriam mais apropriadas, em matéria de licitações, a estes fundamentos e princípios do Direito Penal.

De qualquer modo, a imposição da moralidade administrativa, da isonomia e do zelo pelo patrimônio público pela Lei Maior autoriza a intervenção penal nas licitações, desde que obediente aos demais princípios constitucionais. A propósito, a efetiva afronta à exigência e lisura do certame é, em tese, materialmente criminosa, em consonância com a vontade popular traduzida na Carta Magna e na legislação hierarquicamente inferior. Assim, a tutela penal, nestes termos, não sendo refém das tendências do Direito Penal do risco ou simbólico, coaduna-se com o Estado Democrático de Direito e o primado da proteção do bem jurídico.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E AS LICITAÇÕES

2.1 Noções de Direito Administrativo Sancionador

Para demonstrar que o tratamento penal das licitações pelo ordenamento jurídico pátrio subverteu os princípios clássicos do Direito Penal, a evolução histórica daquele instituo, a orientação de outras legislações, inclusive de origem romano-germânica, o princípio da codificação, os limites dos comandos de criminalização implícitos na Constituição brasileira e as diretrizes do Direito Penal Moderno, impõe-se a análise das possibilidades de outros ramos do Direito e das potencialidades do Direito Administrativo Sancionador para a tutela das licitações mais eficiente e condizente com os desideratos do constituinte. Vale dizer, são úteis os conhecimentos sobre este setor e sua aptidão para se tornar alternativa à tendência de administrativização do Direito Penal.

Na direção do ordenamento Espanhol e de outras nações, seria conveniente a regulação concisa, clara e objetiva dos aspectos mais relevantes da matéria, no Código Penal. A substituição da confusa e extensa lei 8666/93 pela introdução de alguns poucos e essenciais tipos penais no capítulo dos crimes contra a Administração do Código Penal transferiria ao Direito Administrativo e a outros ramos do Direito a preocupação com condutas de menor repercussão para o resultado das licitações. Os preceitos penais deveriam ser abrangentes e precisos, contemplando apenas as ações e omissões principais e mais graves, causadoras de lesão ou séria ameaça ao bem jurídico tutelado, concebido como o rol fundamental de princípios norteadores das licitações, quais sejam, a moralidade administrativa, a isonomia e o erário público.

Na lição de Fabio Medina Osório⁸⁰, o Direito Administrativo Sancionador é o veículo de disciplina normativa de que se vale o Estado, tanto para atuar diretamente, quanto para disciplinar os comportamentos de outros órgãos e pessoas jurídicas. Na seara das licitações, é nítida a necessidade de instar tanto particulares como servidores à observância dos princípios que asseguram a realização dos objetivos de tão

⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

valioso instituto jurídico. O autor salienta que aquele Direito ambiciona substituir, em boa medida, a teoria do Poder de Polícia do Estado Moderno, conferindo-lhe nova legitimação e contornos, aproximando-o do Direito Penal. Não obstante permita a aplicação direta e eficaz de sanções pela Administração e admita maior influência da experiência jurisprudencial e doutrinária, pressupõe o devido processo legal e espaço propício para o exercício de garantias fundamentais. Na busca de maior eficácia, não perde legitimidade, sendo instrumento útil no tratamento de algumas questões que foram submetidas ao Direito Penal, por vezes desnecessária e precipitadamente.

O professor observa que, embora suas intervenções possam aproximar-se das técnicas de prestação de serviços públicos, verifica-se a presença estatal como órgão regulador, disciplinador e fiscalizador de determinadas atividades, em relações de sujeição geral com vínculos de intensidade oscilante. A teorização adequada dos princípios deste poder sancionatório preenche uma lacuna geral no Direito Administrativo e enfrenta os problemas do arbítrio, da ineficiência, das nulidades dos atos e sanções e, por conseguinte, da impunidade. Após o avanço consistente na adoção das penas como privações e não como processos aflitivos, surge a pretensão de evitar a investida pelo Estado contra a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, os quais não se confundem com direitos individuais ao abrigo do abuso de defesa, mediante aplicação de sanção incompatível com os limites constitucionais que condicionam o poder punitivo estatal.

Fabio Medina Osório enfatiza a baixa qualidade do discurso punitivo e os espaços abertos ao abolicionismo penal e aos movimentos da “Lei” e da “ordem”. Destaca a cômoda transferência de responsabilidade institucional à lei, constantemente reformada, reconhecendo, outrossim, que o Direito Penal ou Administrativo Sancionador não pode ser panaceia para todos os males e deles não se pode esperar mais do que suas possibilidades permitem. Conclui que o incremento da proteção dos direitos fundamentais não é a causa da impunidade e da deficiência de respostas punitivas.

Nesta ordem de ideias, a construção de um Direito Administrativo Sancionador, com tais garantias e instrumentos eficientes, refuta a desconfiança de que tolherá do acusado aquelas exercidas no âmbito penal e, ao mesmo tempo, a presunção de que não bastará para responder a alguns comportamentos indesejados no seio social. Em contrapartida, não se ignora a necessidade de instituições maduras e de reforma da gestão

pública, no caso brasileiro, incluindo a revisão dos critérios de preenchimento dos quadros do Executivo, na busca de competência e eficiência.

A natureza das relações formadas em razão das licitações, mormente por força do liame de sujeição do particular ao Estado, é perfeitamente apropriada ao tratamento prioritário pelo Direito Administrativo e compatível com a intensificação de sua vertente sancionadora. A teoria da sanção e do poder punitivo público contempla as sanções penais e as administrativas. Fabio Medina Osório atenta para a vinculação da sanção administrativa às dimensões material e formal do Direito Administrativo. Não se limita à formal, ligada à função da atividade da Administração de satisfazer o interesse público, mas aborda também a vertente disciplinadora, implicando as interfaces com o Direito Penal. Teria, então, maior campo de incidência, com a tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre na improbidade administrativa. Como vítima, a Administração pode não ser titular do processo punitivo. Neste caso, a operacionalização do Direito Administrativo cabe ao Judiciário.

Propõe, portanto, elementos próprios para o conceito da sanção administrativa, diante das peculiaridades de nosso sistema em relação às referências europeias, mormente a ausência de uma Justiça Administrativa, como a francesa. Quanto ao elemento subjetivo, a doutrina tradicionalmente não admitia a competência das autoridades judiciais, distinguindo sanções extrapenais das administrativas. Surge, contudo, a desvinculação do conceito de sanção administrativa das qualidades do aplicador, que não seria exclusivamente a Administração, evitando-se confundi-la com função privativa do Executivo ou restringi-la à sanção disciplinar. Não haveria, a propósito, nenhuma ofensa à separação de Poderes, até porque o juiz seria habilitado a tanto pelo Legislativo.

No tocante ao elemento objetivo, Fabio Medina Osório ressalta que, não obstante seu efeito aflitivo que a distingue do prêmio, a sanção administrativa nem sempre tem íntimo parentesco com a criminal, como a multa. Defende, no mais, a prevalência da perspectiva objetiva do efeito aflitivo e reconhece sua variação, podendo ou não alcançar direitos fundamentais e se aproximar da natureza penal, como a suspensão de direitos políticos, perda de cargos públicos, proibição de contratar etc. Não se quebra a unidade do regime jurídico, até porque incide a proporcionalidade.

Com relação ao elemento teleológico, a finalidade punitiva não é incompatível com a disciplinar, admitindo também o objetivo pedagógico. De outro giro,

a pretensão ressocializadora da sanção penal mostrou-se tão ambiciosa na teoria, como inoperante na prática, e vem perdendo espaço para uma perspectiva mais funcionalista do Direito Penal. Assim, a ausência de caráter ressocializador nas sanções administrativas não é óbice ao emprego intenso destas. A pena, por sua vez, seria indispensável, na realidade, para a defesa social, mediante segregação. Situações diferentes estariam ao alcance das sanções administrativas, dotadas de objetivo repressor e/ou disciplinar. Estas não se confundem, no entanto, com as medidas de polícia, rescisórias, de ressarcimento ao erário, coativas e de responsabilidade na gestão. Fabio Medina Osório ressalva ainda que as finalidades das sanções penais ou administrativas não são idênticas em todos os casos.

2.2 Reflexões sobre unidade do poder punitivo estatal

Para a teoria da unidade do *jus puniendi* estatal, os princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador seriam comuns, reforçando-se as garantias individuais. Para distinguir infrações administrativas das penais, recorreu-se à ideia de que as primeiras teriam preocupação com interesses da Administração e vocação estatutária, enquanto as segundas estariam voltadas para a regulação geral da sociedade. A doutrina alemã chegou a vislumbrar nesta última categoria a nota distintiva da imoralidade contra a ordem pública, segundo normas de cultura. Na pós-modernidade, todavia, vigora o postulado do potencial conhecimento da ilicitude no Direito Penal, impondo-se a obrigação de se informar sobre as proibições, independentemente dos aspectos morais, enquanto valores éticos e gerais também são tutelados pelo Direito Administrativo.

Fabio Medina Osório⁸¹ reconhece, então, a dificuldade de diferenciar os ilícitos penais e administrativos de acordo com conteúdo ou função da sanção, salvo na hipótese de privação de liberdade. Algumas sanções administrativas, aliás, seriam mais gravosas do que penais. Por conseguinte, o legislador teria poderes discricionários para administrativização de ilícitos penais e penalização de ilícitos administrativos, o que facilitaria a aplicação da tese de despenalização de algumas condutas contra as licitações e intensificação da resposta penal para outras.

Alguns defensores do poder punitivo unitário do Estado propugnam, contudo, a extensão de princípios próprios das infrações penais para as administrativas. Não há como ignorar que isto representaria, justamente, o abandono da ideia de um

⁸¹ Idem, p. 116.

procedimento mais simples e célere para aplicação de sanções administrativas, como resposta mais eficaz à violação de interesses da sociedade. Outrossim, diferenças e matizes reconhecidos pela própria jurisprudência evidenciam a fragilidade da construção teórica, a qual não consegue refutar a distinção entre os regimes do Direito Penal e Administrativo, inclusive dentro de suas estruturas, com classes diferenciadas de ilícitos. Sem a unidade de poder punitivo, desponta útil e necessária a consolidação de um Direito Administrativo Sancionador.

Tais considerações sobre o alcance do Direito Administrativo Sancionador, os elementos da sanção administrativa e a tipificação dos ilícitos são importantes para demonstrar sua utilidade, suficiência e legitimidade para responder a condutas indesejadas e ilícitas, mas desprovidas de dignidade penal, como várias daquelas tipificadas pela Lei 8666/93.

Fabio Medina Osório entende que, não obstante a ausência de distinções ontológicas entre os ilícitos penal e administrativo, a simples tese de unidade de pretensão punitiva não obstará a liberdade do legislador de configuração do tipo de ilícito e não excluirá a diversidade de regimes jurídicos. Assim, por exemplo, adota-se, sem controvérsia, o sancionamento administrativo, mas não penal, das pessoas jurídicas. O Direito Administrativo Sancionador não visa garantir direitos individuais e sua normativa técnica, sucedânea da dogmática, parte da ideia de interesse público e responsabilidades orientadas também por critérios objetivos, prescindindo do elemento anímico do ser humano, enquanto dado necessário para configuração de um ilícito. O Direito Penal, por sua vez, tem outros pressupostos culturais e normativos, estando inevitavelmente relacionado à culpabilidade e dolo.

Por isso, foram enfatizados, na análise de cada tipo penal da Lei 8666/93, quais aspectos melhor se adaptariam àquele Direito Administrativo, por não corresponderem, fielmente, a estas imposições de culpabilidade, intervenção mínima e lesividade. Vale dizer, diversas condutas descritas, que, por tais razões, não deveriam configurar crime, poderiam constituir infrações administrativas e ilícitos civis. Fabio Medina Osório entende que os dois ramos se aproximam, inclusive por conta de uma vocação mais funcionalista do Direito Administrativo Sancionador, no enfrentamento dos desafios dos últimos séculos. Devem completar-se com coerência no emprego de instrumentos preventivos e repressivos. A par das diferenças, ambos precisam primar pela proporcionalidade e por garantias essenciais.

De qualquer modo, o campo de incidência e os objetivos do Direito Administrativo são mais restritos, enquanto o Direito Penal está apto a tutelar qualquer valor social, embora tenham surgido tantos espaços comuns, invertendo-se, por vezes, aquela lógica. É precisamente o que ocorre em matéria de licitações, tão estreitamente relacionada à Administração. O Direito Penal vem ganhando contornos funcionalistas, enquanto o Administrativo recebeu interpretação condizente com o ideário humanista. O autor citado aponta a tendência, aliás, de administrativizar ilícitos penais dentro da jurisdição penal e penalizar ilícitos na jurisdição não penal. O elemento formal da sanção administrativa é o processo judicial ou administrativo, extrapenal, e o elemento das sanções penais é o processo penal. Estes instrumentos tendem a se aproximar, mas continuam distintos, assim como as técnicas de hermenêutica. Todavia, mais de uma realidade normativa pode se reportar aos “núcleos duros”.

É possível reconhecer distinções entre os casos regulados por um mesmo princípio dentro de cada sistema. Assim como o devido processo legal, a legalidade do Direito Administrativo, embora substancialmente distinta da penal, como exposto em capítulo subsequente, pode cumprir funções similares, em determinada situação. As variações, outrossim, encontram limites na unidade de tratamento dogmático, no núcleo fundante de uma produção normativa com raízes constitucionais. Fabio Medina Osório conclui que no Direito Administrativo Sancionador há uma variação de tratamento em relação ao Direito Penal e ao Administrativo e que, embora não exista *ius puniendi* unitário, nada impede o reconhecimento de um núcleo básico de fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao Direito Punitivo. A ilusória ideia de unidade do poder punitivo surgira como resposta às teses que vinculavam o poder administrativo sancionador ao poder de polícia. Acabou superada, contudo, pela inevitável subsistência de diferenças evidentes e pelos conceitos de gestão ou intervenção.

Tais considerações corroboram a proximidade entre aqueles ramos do Direito, mas, ao mesmo tempo, a possibilidade e a necessidade de tratamento dos variegados aspectos de determinada matéria, inclusive do instituto da licitação, em conformidade com as peculiaridades de cada sistema. Assim, o legislador pode optar por uma ou outra política repressiva, com maior ou menor emprego do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador, estando presente, assim, a legitimação democrática vigente no Estado Democrático de Direito.

Não obstante os limites dogmáticos, a tutela pode ser efetivada pela via penal, administrativa ou por ambas. De outro giro, a sanção administrativa não é expressão exclusiva do poder sancionador das Administrações, podendo ser imposta pelo Judiciário. Embora regulada pelo Direito Administrativo, resulta do exercício da pretensão punitiva do Estado e não do poder da Administração, com a finalidade de assegurar certos valores sociais e restabelecer a ordem violada, inibindo novas infrações. Ainda que sua eficácia se assemelhe à da sanção penal, depende de relação especial de sujeição.

Nesse diapasão, é compatível com os liames formados na seara das licitações, onde o particular e a Administração não se encontram em situações jurídicas idênticas, sobretudo no tocante aos poderes e prerrogativas perante a parte contrária. Ainda na lição de Fabio Medina Osório⁸², a melhor escolha legislativa é a que propicie equilíbrio entre interesses individuais e públicos. Enquanto situações altamente lesivas para a sociedade reclamam novos modelos de intervenção mais rigorosos, sempre respeitados os direitos fundamentais, outros admitem tratamento menos severo.

Embora não haja óbices ao papel seletivo e tipificatório do Direito Administrativo Sancionador, algumas condutas não podem ser descriminalizadas, em virtude de cláusulas constitucionais criminalizantes. Cumpre ressaltar, porém, que estas não se referem a quaisquer comportamentos invocados como justificativa para incremento da tutela penal de determinado bem, mas àqueles efetivamente lesivos, cuja prevenção e retribuição são imprescindíveis. Mesmo tratando-se de regimes distintos, há um núcleo básico com pontos mínimos em comum entre o Direito Sancionador e o Penal, com conteúdos mínimos obrigatórios. O mesmo bem, a propósito, pode ser protegido por técnicas distintas, sendo que o Sancionador pressupõe a presença do Estado em determinadas atividades, embora este atue indiretamente em quase todos os setores da vida social, mediante marcos regulatórios.

O Direito Disciplinar, por sua vez, pertence ao Sancionador e sua sanção é uma espécie da administrativa, a qual é compatível com a sanção penal e também visa a proteção do bem jurídico. Alguns autores preconizam a distinção entre a sanção administrativa, por tutelar a ordem social geral, e a sanção disciplinar, dirigida à organização interna e à autoproteção. Todavia, esta não pertence a outro ramo, provindo também do Direito Administrativo. Este caráter publicista a distingue das sanções

⁸² Idem, p. 136.

privadas, aplicadas por clubes e associações, mas também sujeitas a princípios constitucionais, como a ampla defesa.

Ainda segundo lição de Fábio Medina Osório, na Administração, tais sanções visam assegurar seu bom funcionamento, a disciplina, a hierarquia e eficiência, tendo, então, finalidade muito restrita, enquanto as demais administrativas e a sanção penal resguardam valores mais amplos, internos ou externos, inclusive simultaneamente, dependendo da natureza do bem protegido. Por isso, uma infração contra a Administração pode ensejar responsabilidade criminal e a censura, perda do cargo ou outra medida. A diferença não reside na finalidade, mas nos valores e rigor das intervenções, sendo artificial a divisão entre ordem interna e externa. De outro giro, um determinado bem pode necessitar de proteção interna mais severa do que externa (ordem pública), como no aperfeiçoamento do aparato estatal, justificando a ausência de proporcionalidade entre sanção administrativa e penal.

Cumprido destacar que tal situação se aproxima, justamente, daquelas ocorridas em razão das licitações. Em algumas, por exemplo, prevalece a preocupação com a moralidade administrativa (interna) e, em outras, com a isonomia entre licitantes (externa). Como observa o autor invocado, na variação das finalidades da sanção administrativa pode preponderar a proteção de valores internos e conceitos abertos. Isto não retira as respectivas infrações do regime do Direito Administrativo Sancionador, assim como no Direito Penal coexistem contravenções e crimes, cujos efeitos são distintos.

Toda esta explanação confirma a aplicabilidade da tese propugnada de aptidão e amplitude do Direito Administrativo Sancionador para cuidar de algumas infrações, cuja dignidade penal foi ou deveria ser revista, sem que isto represente ou dependa de unidade do poder punitivo. Além da variação do grau de lesão à ordem pública ou interna, é certo que o particular pode estar sujeito à fiscalização do Estado, como na prestação fraudulenta de serviços de interesse público licitados. Verificam-se, então, consequências perniciosas para o meio social, mas também para o âmbito interno da administração, como o descrédito institucional e o prejuízo patrimonial ao ente administrativo responsável pela licitação e contratação.

Desta duplicidade lesiva desponta mais uma vez evidente que o Direito Administrativo Sancionador é condizente e propício ao tratamento de infrações das normas de licitações, contemplando seus efeitos no seio da Administração, inclusive de

cunho disciplinar, e na ordem pública, substituindo o Direito Penal, quando possível. Relembre-se, todavia, que mesmo quando presente algum efeito externo, o legislador pode cominar a uma certa infração apenas sanção interna.

2.3 Características do Direito Administrativo Sancionador

A unidade do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, outrossim, enseja a aplicação de todos os princípios e garantias tanto às infrações disciplinares como às administrativas *stricto sensu*. Um dos grandes desafios contemporâneos é justamente harmonizar a tutela administrativa e judiciária dos mesmos bens jurídicos. Embora haja algumas garantias mínimas, inarredáveis, e em comum, as diferenças entre os regimes acarretam tratamentos desiguais, contornos e princípios próprios. Não obstante se submetam à Constituição e não exista uma hierarquia peremptória de gravidade entre as sanções, o ilícito administrativo não se identifica com o penal.

Fábio Medina Osório⁸³ explica que o postulado da proporcionalidade na proteção de bens jurídicos permite comparar, abstratamente, tipos sancionadores. Considerando as interfaces do Direito Punitivo, zela-se pelo *non bis in idem*, ponderando-se, contudo, que um tipo pode assumir funções instrumentais em relação a outro, como no crime de admissão de inidôneo à licitação. De outro giro, nada impede o legislador de adotar tratamento mais severo dos ilícitos pelo Direito Administrativo Sancionador do que pelo Direito Penal.

Não obstante a legitimidade, oportunidade e conveniência na tipificação por mais de um ramo do Direito, os abusos intoleráveis estão sujeitos ao controle do intérprete. A vedação da arbitrariedade, porém, depende da aplicação da proporcionalidade, como no excesso punitivo oriundo da multiplicidade de tipos sancionadores para um fato único. As comparações, segundo uma visão sistêmica, racional e vinculada aos valores constitucionais, são decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, da proporcionalidade e do devido processo legal, instrumentos de limitação do poder punitivo estatal. A coerência legislativa decorre da unidade do sistema jurídico e dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

⁸³ Idem, p. 192.

Na obra em apreço, apontam-se duas possíveis espécies daquela incoerência: a tipificação mais grave de ilícitos instrumentais em detrimento dos principais e a de dois ilícitos idênticos com penas distintas em proporções intoleráveis, tanto no mesmo ramo, como um ilícito no Direito Administrativo e outro no Direito Penal. Todavia, como no exemplo da punição mais severa da desobediência à ordem de exame de alcoolemia do que da condução de veículo em estado de embriaguez, tais soluções desproporcionais são comumente adotadas para obstar a recusa deliberada ou vantagem ilegítima do infrator.

Ainda assim, urge refutá-las, assumindo o custo dos benefícios da relevância e da incidência inexorável da proporcionalidade, não se podendo, aliás, presumir a culpabilidade. Ora, quem recusou o exame, sem ter ingerido álcool, jamais poderia receber mais gravosa ou idêntica reprimenda daquele que dirigiu embriagado. A cominação em abstrato das sanções, nestes termos, continuaria dissociada, de qualquer modo, da razoabilidade e da proporcionalidade, não se podendo trabalhar com conjecturas sobre circunstâncias que eventualmente possam surgir no caso concreto. Fabio Medina Osório⁸⁴ cita julgamento do Tribunal Constitucional Espanhol que repudiou a tese de inconstitucionalidade por falta de proporcionalidade, mas cujos votos vencidos reconheceram a interdição da arbitrariedade do legislador.

Com efeito, valores imanentes à ordem constitucional podem não chegar ou apenas alcançar parcialmente a expressão nos textos das leis escritas, sendo inevitável alguma força criadora da atividade judicante. Esta liberdade política dos julgadores também está submetida a controles. A missão de cumprir a Carta Constitucional inclui zelar por um mínimo de coerência e racionalidade do sistema. Na lição daquele autor, embora não haja, *a priori*, uma vinculação do legislador a uma menor severidade no âmbito sancionador administrativo e maior, no penal, pois as instâncias são independentes e os contextos socioculturais cambiantes, podem ocorrer disfunções axiológicas dentro do sistema, como na valorização do patrimônio em relação à integridade fisiopsíquica; podem ser estabelecidas sanções excessivas em abstrato e em concreto para certa conduta; ou pode revelar-se agressiva e desproporcional a soma das respostas de ramos distintos. Neste último caso, haveria controle de constitucionalidade difuso. Nos demais, é forçoso reconhecer à doutrina a tarefa de apontar aqueles vícios, inclusive na comparação entre ramos distintos do Direito.

⁸⁴ Idem, p. 195.

Não obstante as consequências da sanção administrativa possam ser eventualmente mais gravosas, no plano fático, não se deve olvidar da missão peculiar do Direito Penal, de todas as funções das penas, de sua carga sancionatória, da projeção externa do princípio da subsidiariedade e de sua intervenção excepcional, por afetar, substancialmente, direitos fundamentais, mormente a liberdade, características estas que ainda reclamam a análise da possibilidade, suficiência e contornos da tutela de outros ramos jurídicos para determinado bem jurídico, antes da incriminação de condutas.

Vale dizer, ainda que se cogite de liberdade do legislador no manejo dos instrumentos dos diversos ramos do Direito ou de outras injunções, como o fato de serem mais gravosos os efeitos de um ato que configura improbidade do que contravenção penal, é certo que subsiste a destinação do Direito Penal às ofensas mais graves a bens jurídicos especialmente relevantes. Aquelas circunstâncias casuais não afetam a natureza e a legitimidade de cada ramo do Direito e não justificam o recurso frequente e excessivo à intervenção penal, quando viável a proteção do interesse pelo Direito Administrativo Sancionador.

A intervenção mínima e seus postulados da fragmentariedade e subsidiariedade projetam-se sobre todo sistema, não cedendo a avaliações, sobretudo subjetivas, acerca da intensidade fática das restrições a direitos individuais. Além disso, a perspectiva da privação da liberdade, por si só, já faria do Direito Penal a *ultima ratio*, a despeito da previsão de inúmeros benefícios que, na prática, possam conduzir o agente a uma situação momentaneamente mais confortável do que os desdobramentos concretos das sanções de outros ramos jurídicos. Enfim, na aferição da proporcionalidade, não há como desprezar tais ponderações e a comparação entre os subsistemas para se recomendar a proteção de um bem jurídico por todos, vários ou algum deles. Esta investigação científica é dotada de juridicidade, mas não sustenta automaticamente a declaração de inconstitucionalidade de normas que disciplinam determinada matéria.

Fabio Medina Osório⁸⁵ relembra que já se admitiu, em crime contra a Administração Pública, até mesmo a aplicação do princípio da insignificância, no caso concreto, sendo reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, aliás, como instrumento de política criminal, e admitido, pela doutrina, também no Direito Administrativo Sancionador. O autor pondera que os princípios deste ramo, todavia, possuem alcances diversos, com maior fragmentação do poder punitivo, e que não se pode partir do deserto

⁸⁵ Idem, p. 202.

de garantias à sua absolutização, paralisando toda a atividade administrativa, como se Direito Penal fosse.

Não se pode olvidar dos diferentes tipos de relação no seu bojo, como as de especial sujeição e de sujeição geral, distinguindo-se o exercício da atividade sancionadora sobre os administrados e sobre aqueles que possuem vínculo estatutário ou contratual com a Administração, inclusive quanto ao alcance das normas proibitivas, elementos anímicos e pressupostos de responsabilidade. Estas oscilações vão até o ponto que permita a manutenção no mesmo ramo jurídico. No próprio Direito Penal, a propósito, há mudanças de regimes e velocidades, como os dos ilícitos de menor potencial ofensivo, com a relativização da culpabilidade e da presunção de inocência nas transações e composições civis; como os dos crimes hediondos, com a flexibilização de garantias (delações premiadas, técnicas probatórias excepcionais, requisitos mais rígidos para progressão e outros benefícios); como os dos crimes ambientais, com a responsabilização de pessoa jurídica; e como os do Direito Penal Internacional, com oscilação intensa de direitos de defesa e redução dos pressupostos da responsabilidade.

Estas oscilações não invalidam o regime jurídico básico e seus princípios fundamentais, ainda que seu conteúdo concreto possa ter alguma variação. As normas disciplinares também estão sujeitas a este fenômeno, como no regime disciplinar diferenciado, cujas restrições destinam-se mais aos interesses sociais do que à disciplina interna. Em suma, a especialização das relações jurídicas não elimina um núcleo garantista fundamental do Direito Punitivo, embora contemple distinções na observância deste. Destarte, no Direito Administrativo Sancionador, a reserva legal não adstringe a competência legislativa à União, encontra diferenças nas limitações materiais da Lei Maior e não obsta a tipificação de infrações e de sanções menos impactantes por medidas provisórias.

Os tipos, outrossim, são mais elásticos, neste ramo, mesmo tornando-se autônomo em relação ao poder de polícia, no qual a discricionariedade é marcante. A tipicidade flexível autoriza ainda o uso constante de normas em branco, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e descrições de perigo abstrato. Nas relações de especial sujeição, aliás, são ainda mais cognoscíveis ao infrator as proibições e suas alterações, na velocidade exigível do Estado, impondo-se a rejeição do engessamento por transposição inadequada de princípios penalísticos.

Cumpra exigir, em contrapartida, a reprovação jurídico-administrativa da conduta, ou seja, que o ordenamento não a admita (ilicitude). A simples redação do tipo não torna qualquer comportamento inexoravelmente reprovável, sendo relevantes outros fatores. Neste ponto, a proteção de bem jurídico novamente ganha destaque. Ademais, as sanções em branco não são permitidas, por força da legalidade, evitando-se a confusão com o exercício de um genérico poder de polícia. Alguns estudiosos admitem normas em branco, neste ponto, desde que apenas alguns dos detalhes das reprimendas sejam complementados por outras normas. Enfim, a tipicidade e a legalidade adquirem feições particulares, mas não perdem seus componentes fundamentais.

Não devem ser desprezadas, além disso, as peculiaridades das sujeições especiais, na medida em que não são propriamente restrição à liberdade de fazer ou não fazer dos agentes públicos, pois eles estão sempre vinculados às determinações da lei. O comportamento proibido é aquele não autorizado e a tipicidade é permissiva, cuja legalidade, então, é mais flexível e aberta, preexistindo uma primária restrição comportamental. Fábio Medina Osório⁸⁶ salienta que várias pessoas, por conta da natureza de suas atividades, ficam vinculadas a um poder normativo mais abrangente e intenso do Estado, inclusive de acordo com a importância do bem jurídico protegido.

Como bem observa o autor, o Direito Administrativo Sancionador é mais dinâmico por natureza do que o Direito Penal, embora ocorram influências recíprocas, não sendo recente este relacionamento de mão dupla. Não obstante nossa Lei Maior, ao contrário da espanhola, não tenha estabelecido expressamente para aquele primeiro ramo os princípios da legalidade e tipicidade, asseverou no seu art. 5º, LIV, que as garantias explícitas não excluem outras decorrentes do regime e dos princípios adotados, além do que ambos decorrem do princípio da segurança jurídica. Fábio Medina Osório⁸⁷ afirma que funcionalismo e garantismo não se repelem, não podendo ser concebidos como teorias puras na compreensão e estruturação do sistema punitivo. Alguns princípios penais podem ser aplicados com reservas, conciliando-se os direitos fundamentais com a própria razão e eficácia deste Direito.

As infrações disciplinares, amplamente aplicáveis aos agentes públicos responsáveis pelas licitações, gozam de peculiaridades, como maior flexibilidade típica, o tratamento mais rigoroso do erro e o grau de importância da ética pública (parâmetros

⁸⁶ Idem, p. 216.

⁸⁷ Idem, ibidem.

morais acolhidas pelo Direito), mas que não excluem a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador ao qual pertencem. Segundo o autor aludido, o legislador não pode proibir condutas, na Administração, se isto acarretar ofensa a direitos fundamentais, à razoabilidade ou à proporcionalidade, como na punição de corte de cabelo que represente liberdade de expressão. Zelar, de modo eficiente, pela ética profissional e pelo comportamento ilibado dos servidores contribui, decisivamente, para a regularidade dos certames e negócios do Estado.

Em outra frente, o legislador pode cominar sanções administrativas gravosas para coibir inúmeras condutas dos particulares que ofereçam risco aos legítimos fins das licitações. Embora não esteja prevista explicitamente a irretroatividade das normas sancionadoras extrapenais, a jurisprudência a reconhece por força da segurança jurídica, diretriz axiológica fundamental do Direito, como a isonomia. Acabou, aliás, aplicada a atos de improbidade. Além da continuidade delitiva, a retroatividade de norma mais benéfica, *non bis in idem* e outros institutos penais, destaca-se a aplicação das normas inferiores e complementadoras alteradas, ressalvada a hipótese de profunda transformação axiológica.

2.4 Diferenciação entre responsabilidades e o princípio do *non bis in idem*

É limitada, no nosso sistema, a subordinação da autoridade administrativa e mais ainda da judiciária extrapenal à judiciária penal. Assim, uma conduta pode configurar crime, ato de improbidade e infração administrativa, sem que ocorra *bis in idem* nas respectivas responsabilizações do agente, não obstante o risco de contradição entre decisões. A primazia do provimento penal reflete-se na previsão de sanção administrativa como consequência da penal, embora nem sempre esvazie a persecução da improbidade ou do ilícito administrativo, se houver outras sanções possíveis. Por força da independência das instâncias, não se fala em violação de garantia individual, desde que as reprimendas se complementem e sua soma não represente abuso.

Novamente, resta evidente a importância da análise global e sistêmica da resposta do Estado a cada conduta e do cabimento da revisão da gama de responsabilizações, inclusive para eventualmente optar-se apenas pela administrativa. Isto não decorre do primado do *non bis in idem*, mas da proporcionalidade no tratamento jurídico de fatos variegados, evitando-se sacrifício injustificado ou abusivo de direitos

individuais. Racionalidade e coerência não são alcançadas apenas pela ausência de punição em duplicidade. Radicalização da separação de poderes não resolve o problema do abuso estatal.

Fábio Medina Osório⁸⁸ lembra que o mesmo fato pode receber a incidência da lei de improbidade administrativa, do Código Penal e de outra legislação extravagante, merecendo qualificações jurídicas distintas, sempre sob o abrigo do Direito Punitivo, com rigor dogmático diferente, como no uso de cláusulas gerais e termos de vagueza semântica por preceitos extrapenais. Os fatos naturais idênticos na análise podem absorver discrepâncias abstratas de descrições normativas. Se os enfoques são normativos, com peculiaridades (detalhes que lhes importam, técnica adotada, intensidade das consequências etc.), não há *bis in idem*.

O ato ilícito pode transgredir normas do Direito Administrativo de modo primário e do Sancionador e do Direito Penal de maneira secundária. As principais diferenças do *non bis in idem* aparecem no plano do Direito Material, embora existentes também no processual e funcional. No primeiro, são possíveis compensações e atenuações das sanções a partir de uma visão unificadora. De qualquer modo, não havendo identidade de fatos normativos, fundamentos punitivos e sujeitos, preserva-se cada instância de tutela da probidade e assegura-se a autonomia relevante conferida especificamente pela Lei Maior ao Direito Punitivo da improbidade. Vale dizer, sob a ótica constitucional, descabe invocar o *non bis in idem* entre esta categoria do Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. O ímprobo pode, então, sofrer pena, sanção da autoridade administrativa e as sanções da Lei 8429/92.

Fábio Medina Osório adverte para a necessidade de cuidado para que as interferências recíprocas entre as instâncias resguardem o comando do art. 37, § 4º, da Carta Magna, e destaca as licitações como exemplo de emprego de elementos de outras instâncias. A propósito, neste âmbito, seriam fatalmente manejadas normas de distintos níveis e fontes. A tutela da probidade, enfim, mereceria um modelo punitivo mais rigoroso e amplo. O Direito Administrativo Sancionatório, por sua vez, também admitiria a aplicação interna dos princípios da especialidade, subsidiariedade, alternatividade e consunção, além da individualização da sanção, do concurso formal e continuidade de infrações.

⁸⁸ Idem, p. 327.

Todas estas garantias e progressos da ciência penal amparam a preconizada intensificação do recurso àquela instância, prescindindo-se, quando possível, da intervenção penal. Reafirma-se que a perspectiva de eficiência e resultados mais profícuos na tutela do bem jurídico em estudo não dependeria de sacrifício de direitos fundamentais. Em contrapartida, as condutas que realmente reclamassem resposta penal, inclusive mais gravosa, mediante revisão legislativa, deveriam ser tratadas de forma sistêmica pelo Direito Punitivo, com o rigor necessário, seguindo a proibição da insuficiência.

Fábio Medina Osório reconhece que o Direito Administrativo Sancionador reflete o expansionismo ligado ao crescente intervencionismo estatal nas mais diversas esferas da vida de relações. O fenômeno, contudo, pode e deve ser planejado, preservando a vocação punitiva do Direito Penal. Seus domínios devem se ater ao universo axiológico da Constituição. Os delitos de menor potencial ofensivo já estão na fronteira do Direito Administração Sancionador. Este pode suprir, outrossim, algumas insuficiências daquele, como a responsabilização da pessoa jurídica e as adversidades à execução das penas privativas de liberdade, como limites de estrutura e de perspectiva de ressocialização.

Por outro lado, precisa contar com uma gestão pública centrada em critérios técnicos e não puramente políticos. A conciliação entre os dois ramos deve ocorrer sob a égide dos princípios constitucionais e das particularidades dos dois regimes. Esta ampliação dos sistemas de responsabilidade não representa abuso, mas maior proteção dos direitos fundamentais, até porque pode reverter os excessos de intervenção penal. No mais, o devido processo legal e outras garantias individuais também terão de ser respeitados no Direito Processual Administrativo ou Judiciário.

Fábio Medina Osório⁸⁹ salienta que os controles internos não se fortalecem nessa perspectiva de cumulatividade, ao contrário do que se proclama formalmente, e que a convivência entre distintos sistemas de controle ocasiona a erosão da legitimidade e das responsabilidades inerentes ao Poder Executivo e às suas instâncias. Abolida parte dos delitos, a autoridade administrativa não aguardará pelos resultados em outras esferas, sobretudo no Judiciário, o que proporcionava insegurança jurídica, como na aplicação de sanção administrativa somente após condenação criminal transitada em

⁸⁹ Idem, p. 295.

julgado. Destarte, a impunidade não decorre de uma priorização do Direito Administrativo, em certas situações, mas de inúmeros outros fatores.

O citado doutrinador ressalta ainda que o *non bis in idem* repercute sobre o direito processual e material. Cuida-se de norma constitucional extraída do conjunto dos direitos fundamentais, cuja incidência deve paralisar atividades punitivas desproporcionais e potencialmente contraditórias, a partir de limites à duplicidade ou à multiplicação de processos punitivos. Tal assertiva condiz com o entendimento de que muitas condutas, não obstante despidas de gravidade para o meio social, mormente as de menor potencial ofensivo, tipificadas penalmente pela Lei 8666/93 e sancionadas também no âmbito administrativo, recebem tratamento punitivo excessivo, não apenas em face do princípio da intervenção mínima, mas também da proporcionalidade. Outrossim, infrações semelhantes ou repetidas afrontariam a imposição constitucional geral do *non bis in idem*, solidamente desenvolvida na Espanha, em especial como princípio geral de direito, a ponto de sua Corte Constitucional reconhecer a prevalência da esfera administrativa sobre a penal, em 1999, obstando a persecução criminal de diretor da pessoa jurídica que já tinha sido responsabilizada administrativamente por infração ambiental, mediante compensação entre a sanção pecuniária imposta e eventual multa penal.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA INTERVENÇÃO PENAL NAS LICITAÇÕES

3.1 Princípios administrativos e das licitações

É usual a classificação de normas em princípios – mandamentos nucleares do sistema, que o informam e o conformam – e em regras – imposições de condutas, mediante sanção. Embora ambos vinculem os destinatários, os primeiros coexistem, ganhando maior ou menor incidência no caso concreto, enquanto as segundas se excluem, quando em antinomia, acarretando a aplicação de apenas uma delas. É cediço que os princípios fundamentais, gerais e especiais, possuem alto grau de generalidade, orientam e vinculam a elaboração e aplicação das regras, embora ambos tenham carga de normatividade propícia à imposição de condutas. Assim como outros institutos com raízes constitucionais, a licitação é regida por princípios contemplados na Lei Maior, destacando-se aqueles próprios do Direito Administrativo. Ao receber tratamento pelo Direito Penal, ademais, incidem os princípios constitucionais que vinculam este setor da ordem jurídica. Segundo tais parâmetros, então, configura-se a intervenção penal desejada e legitimada pela Constituição.

Hely Lopes Meirelles⁹⁰ conceitua licitação como o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Esta sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes proporciona igual oportunidade para todos e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Como se percebe, do conceito e das finalidades da licitação podem ser extraídos os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal, quando cuida das investidas contra tão importante instituto para os ordenamentos jurídicos modernos. Com efeito, o desenvolvimento dos princípios administrativos e da ideia de supremacia do interesse público até a respectiva constitucionalização impôs ao legislador a regulação da matéria e a tipificação de infrações administrativas e, em seguida, penais.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

Segundo Hely Lopes Meirelles, esta dupla finalidade (obtenção de contrato vantajoso e proteção dos direitos dos particulares interessados) vem desde a Idade Média e leva os Estados Modernos a aprimorarem o procedimento licitatório, sujeitando-o a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo. Tais princípios, no ordenamento pátrio, seriam: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre licitantes, sigilo na apresentação de propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e, mais recentemente, a probidade administrativa. Realmente, a observância de tais diretrizes é essencial para que aquelas finalidades precípuas da licitação sejam alcançadas, as quais, por sua vez, possuem raízes constitucionais, mais precisamente nos princípios que regem a Administração Pública e cuja força vinculativa emana da Constituição, legitimando e conferindo os contornos jurídicos ao procedimento licitatório.

Na lição do citado mestre, os princípios básicos da administração pública são a legalidade, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade, com a ressalva de que alguns estudiosos reputam o princípio da finalidade, contemplado por este último. Todos constituem fundamentos da ação administrativa, propiciando zelo pelos interesses sociais. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹¹ menciona ainda o princípio da eficiência acrescentado pela Emenda Constitucional 19/98, além de observar que outros estão implicitamente consagrados pela Lei Maior, como a supremacia do interesse público sobre o privado, a razoabilidade, a proporcionalidade, a finalidade, a motivação, o devido processo legal e a ampla defesa, o controle judicial dos atos administrativos e a segurança jurídica.

A legalidade submete toda atividade pública aos mandamentos da lei e exigências do bem comum, sob pena de nulidade dos atos e responsabilidade disciplinar, civil e criminal do agente. Na Administração Pública não há liberdade e vontade pessoal de fazer o que a lei não proíbe, mas obrigação de fazer o que ela ordena.

A moralidade é pressuposto de validade do ato administrativo, como se depreende, no nosso sistema, do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Hely Lopes Meirelles⁹², distinguindo moral comum da jurídica, invoca a ideia de conjunto de

⁹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 86.

regras de conduta na disciplina interior da Administração, vinculando a atuação do agente público aos parâmetros éticos, segundo exigências da instituição a que serve e a finalidade do bem comum. Vale dizer, a almejada boa administração é aquela honesta e eficiente.

O princípio da impessoalidade ou finalidade é a imposição da prática do ato exclusivamente para o seu fim legal, que coincide com o interesse público. Por conseguinte, o ato que se afasta deste objetivo é inválido por desvio de finalidade, como a satisfação de interesses privados, o favorecimento ou a perseguição de alguém, podendo configurar abuso de poder, razão pela qual este trabalho reputa a isonomia subjacente ao aludido princípio.

A publicidade é a divulgação oficial de cada ato para conhecimento público e desencadeamento de seus efeitos externos. Propicia a ciência, a participação e o controle pelos cidadãos da atividade administrativa. A publicação não convalida ato irregular, assim como o regular não é exequível, na sua falta. Neste caso, também não correm os prazos de decadência e prescrição para impugnação ou anulação. Embora não seja elemento formativo do ato, a publicidade é requisito de eficácia e de moralidade, ressalvado o sigilo nas hipóteses legais de segurança nacional e interesse superior da própria Administração. Não se confunde e não autoriza, por outro lado, a promoção pessoal do agente. A Constituição Federal acolheu, ainda, mediante emenda, o princípio da eficiência, embora o tenha como explicitação de um dos aspectos da moralidade.

Interessam, particularmente, nesta sede, os princípios da moralidade e da impessoalidade, na medida em que a licitação concretiza, respectivamente, os objetivos da supremacia do interesse público, a despeito de eventuais pretensões privadas ilegítimas e de injunções escusas na atividade escorreita do Estado, e a isonomia entre particulares nas relações com a Administração, excluindo-se qualquer tipo de favorecimento. Tais desideratos se completam, pois a preservação de condições equânimes de disputa facilita a escolha do negócio efetivamente mais vantajoso para o interesse público.

A honestidade na missão de administrar, por sua vez, contempla tratamento igualitário dos cidadãos. Embora todos os princípios básicos da administração, mormente aqueles expressamente previstos na Constituição, vinculem a atividade administrativa, por completo, inclusive os atos relacionados às licitações e contratos, é forçoso entender que o sentido e o fundamento do instituto em estudo estão justamente na concretização dos princípios da moralidade e igualdade, no contexto dos negócios do

Estado. Estes seriam os bens jurídicos eleitos pelo constituinte como dignos de tutela penal.

3.2 Princípio da moralidade

Na compreensão deste princípio, mais complexa do que a do princípio da isonomia, reside a relação entre o bem jurídico moralidade, que enseja a intervenção penal nas licitações, e a proibição da insuficiência ou a proporcionalidade, que reclama tutela penal suficiente e eficiente, por se tratar de direito fundamental. Na lição de Márcio Fernando Elias Rosa, conforme prescrição normativa que lhe conferiu a Constituição Federal, seja por expressa previsão ou implícito reconhecimento, o princípio detém duplo caráter, a despeito de uma mesma natureza: é princípio constitucional e imanente ao sistema jurídico, reunindo tanto a natureza instrumental, como também a de requisito ou condição de validade de atos administrativos, resultante do controle da atividade administrativa ou do excesso de poder⁹³. Tal princípio é imprescindível ao Estado Democrático de Direito, conseqüente lógico da opção republicana e do seu regime de responsabilidade, detendo função instrumentalizadora de direito fundamental ou de direito público subjetivo, concretizado pela ação popular ou pela imposição do dever de probidade administrativa.

Neste diapasão, previu-se a ação popular, no rol de direitos e garantias fundamentais, para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa. A Lei Maior, em seu art. 37, *caput*, estabelece um modelo cogente para a Administração Pública e seus agentes, não bastando a atuação com estrita legalidade, obediente à forma prevista em lei, mas que esteja nutrida pelo respeito à moralidade. Assim, o ato que acarreta sua violação será invalidado, a despeito de conforme, em tese, à lei.

A moralidade não guarda, contudo, necessária correspondência com os valores pessoais do agente público, mas vincula sua atuação, limitando seu estado anímico e regulando materialmente qualquer atividade atribuível ao Estado, cerceando o móvel de quem quer se relacionar com o Estado e ensejando a fiscalização dos fins sem prejuízo dos meios. Há quem a inclua no conceito de legalidade, embora convença mais a ideia oposta de que há vinculação do Estado à ordem jurídica, mas para a configuração do sistema

⁹³ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa*. Dissertação em Mestrado de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003, p. 133.

jurídico existe ambiente de contaminação recíproca com outros sistemas sociais. Márcio Fernando Elias Rosa⁹⁴ enfatiza, então, a importância da pesquisa filosófica da Ética e de sua relação com o sistema jurídico para o discurso do combate ao formalismo estrito, sem negar o caráter científico e dogmático do direito.

A moralidade ganhou *status* de princípio constitucional em 1988, embora já fosse consagrado implicitamente pela ordem jurídica e vislumbrado em expressões como idoneidade, lealdade e legitimidade. Estava associado a deveres dos agentes públicos e condições de exercício de suas funções, mas nem sempre a prejuízo material ao patrimônio público, mantendo-se vinculado à proibição do enriquecimento ilícito. Estas noções são importantes para compreensão do bem jurídico, nas licitações, de um lado, e para o manejo de instrumentos simultâneos de responsabilização dos agentes, interrupção e reparação dos danos ao interesse patrimonial coletivo, de outro.

Destarte, a moralidade passou de conjunto de regras tiradas da disciplina interior da Administração para o controle do exercício da discricionariedade e o desenvolvimento das teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder, sendo modernamente associada à lealdade, à boa-fé e aos padrões éticos de uma sociedade em uma determinada época. De outro giro, há quem associe a moralidade a princípios gerais do direito, como proporcionalidade, razoabilidade, interesse público e valores encontrados no preâmbulo da Constituição para vinculação moral do agente ao interesse público. Poderia ser analisada a partir da escolha dos motivos, do objeto e da finalidade do ato, antes de seu resultado, mormente jurídico, ou seja, independentemente da legalidade.

Outrossim, transcende o objeto do Direito Administrativo, sendo indissociável da opção republicana, do direito de participação política e do regime jurídico da Administração. Instrumentaliza direito fundamental e pode-se aduzir que, sendo imprescindível nas licitações, reclama-se, em última análise, a tutela penal eficiente deste bem jurídico. Estritamente associado a um direito fundamental e ao conteúdo do art. 1º e art. 3º, da Lei Maior, não se admite ausência de intervenção penal em face de ataques que efetivamente o comprometam. Sob tal aspecto, vislumbra-se um mandado de criminalização implícito. A inobservância, a frustração e a fraude dolosas de licitações, expedientes mais sofisticados, organizados e tão presentes na subjugação do interesse público pelo privado escuso, sobretudo para dissimulação do fenômeno da disseminação da corrupção pelo Estado, afetam aqueles direitos fundamentais do cidadão, que deixa de

⁹⁴ Idem, p. 135.

participar e contar com o zelo da coisa pública. A imposta contribuição de cada um aos cofres do Estado esvai-se e outros direitos fundamentais acabam por não ser atendidos, sobretudo por causa da perda de recursos, de obras ou de qualidade de serviços públicos. Em suma, a moralidade demanda tutela penal eficiente.

Marcio Elias Rosa⁹⁵ ensina ainda que, historicamente, quanto ao controle da moralidade, interessava o da legalidade, aplicando-se a teoria do desvio de poder, sob os auspícios do Conselho de Estado, que presidia a jurisdição administrativa, independente da judicial. Na Constituição brasileira de 1988, contudo, adquiriu maior abrangência, obrigando a organização da administração e alcançando o excesso de poder ou a omissão. Ainda quanto à evolução, a moralidade acabou identificada com a noção objetiva de boa-fé, invocando-se fundamentos do direito privado para nulificação de atos administrativos. Segundo os estudos de Maurice Hauriou, não seria simples padrão a orientar a repetição dos atos e nem princípio consagrador de valores diferenciados para os agentes.

O institucionalismo conferiu à Administração personalidade jurídica própria, pressupondo unidade física e de fim ou ordem, sendo dotada, então, de moralidade distinta da comum e de vontade, cuja correspondência ao interesse público lhe confere legitimidade. Marcio Elias Rosa assevera que a submissão da República Federativa do Brasil ao modelo de Estado de Direito Democrático pressupõe, respectivamente, a opção legal e ética ou moral (esta identificada nos valores indicados no Preâmbulo Constitucional). O regime republicano garante a coexistência de interesses públicos, não titularizados pelo Estado, mas pela sociedade, e privados, bem como a supremacia dos primeiros. Em suma, não basta a atuação conforme a lei, mas para uma ótima concreção de valores morais, ainda que próprios da instituição Administração Pública. A causa e o fim do ato compõem os elementos éticos jurídicos da atuação.

Por outro lado, a tímida interpretação do princípio da segurança jurídica o reduz à estabilização de situações e relações jurídicas, em detrimento da revisão e do reconhecimento da autonomia da moralidade. Assim, alguns publicistas reconduzem-na à legalidade, vislumbrando conceito rarefeito e desprovido de densidade semântica que emerge da vinculação a outros princípios (proporcionalidade, razoabilidade, finalidade) e condicionando a invalidação do ato à violação de norma. Se esta alberga também valor moral, além da invalidade, haverá imoralidade.

⁹⁵ Idem, p. 227.

Marcio Elias Rosa diverge da tese negativista, que ignora a superação da dicotomia Moral e Direito, chamando a atenção para a previsão de atos de improbidade para condutas culposas de dano ao patrimônio público e violação tão somente de princípios. Observa que, sendo aberto o nosso sistema e necessária a constante adequação do texto a valores da sociedade, os princípios, como a moralidade, reclamam espaço autônomo. Neste contexto, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o objetivo de uma sociedade livre, justa e solidária, a prevalência dos direitos humanos e a solução pacífica de conflitos inauguram a Constituição e formam seu esteio moral, ou seja, cuidam da licitude e não propriamente de legalidade formal. Os *standards* morais da ordem constitucional não são convicções do aplicador. Estas ideias dão sentido ao desvio de poder e à invalidade da lei quando não dirigida ao atendimento dos princípios constitucionais, mormente o da moralidade. A violação desta pode ocorrer sem a violação de uma regra. Somente assim não se despreza o art. 37, da CF, e não se restringe o objeto da ação popular e da ação civil por improbidade administrativa. Neste ponto, a efetividade do princípio, segundo o professor, diz com a capacidade transformadora do direito e não simplesmente com a eficácia. Importa a legitimidade no exercício do poder. A juridicidade, por sua vez, decorre da exigência pelo ordenamento da realização do valor da Justiça.

Alguns publicistas situam-na na zona fronteira entre Direito e Moral, reconhecem a impossibilidade de conceituação da moralidade administrativa ou atribuem a dificuldade à ampla gama de condutas desvirtuadoras das finalidades da Administração. Assevera, porém, que tal princípio impõe o dever de observância dos valores morais abrigados no sistema constitucional, seja para implicar a entidade administrativa e seus agentes, seja para obrigar os administrados, reconhecendo ausente pelo exame da finalidade, mas também a partir de outros critérios. A moralidade não é alheia aos valores morais comuns à coletividade. Sustenta soluções equânimes e a universalidade, aperfeiçoando a liberdade e reduzindo desigualdades. Instrumentalizam-na os princípios gerais, como a boa-fé, a razoabilidade e a proporcionalidade, ainda que se lhes reconheça conteúdo próprio, bem como os valores do Preâmbulo constitucional, o controle do exercício do poder pelo excesso ou desvio de finalidade, sua natureza institucional a vincular legislador, administrador e juiz⁹⁶.

⁹⁶ Idem, p. 262.

Destaca-se, além disso, a importância da moralidade na orientação da atuação discricionária, como liberdade concedida pela lei ao agente na decisão e adoção do meio para consecução de uma finalidade, em virtude da impossibilidade material de previsão antecipada de todas as formas possíveis de atuação, do uso de expressões plurissignificativas, da omissão ou mesmo da indicação de mais de um modo de atuação. Informa, aliás, a interpretação de conceitos indeterminados, assim como o princípio implícito da imparcialidade. Este último, no escólio do autor em apreço, embora possa confundir-se com isonomia, decorreria deste direito fundamental e revelar-se-ia na impessoalidade, prevista no art. 37, *caput*, da nossa Lei Maior. Impediria privilégio, no que se aproxima da finalidade, ou resultaria da imputação da atuação à pessoa jurídica e não pessoalmente ao agente público. Limitaria, então, a escolha do meio com intento de alcançar o fim legitimador de sua atuação⁹⁷. Tal princípio geral de vinculação do exercício da função estatal também sobressai em matéria de licitações.

Merece destaque do autor ora citado, ademais, a proporcionalidade, que, conquanto associada à isonomia, tem significação peculiar na verificação concreta da adequação da medida, do atendimento da finalidade e do menor sacrifício com melhor resultado. A razoabilidade, por sua vez, serve à apuração do equilíbrio entre atuação estatal e situação fática que a ensejou, segundo valorização do homem médio. Auxilia, outrossim, o exame da moralidade administrativa, no controle do objeto do ato. De qualquer modo, a moralidade, por não ser mera expressão da legalidade, mas por revelar o ilícito, não acarreta apenas a anulação do ato, mas sanções civis, administrativas ou funcionais, políticas e penais. O dever de probidade se dirige aos agentes públicos – cuja função goza dos atributos da lealdade à coletividade, boa-fé e honestidade, valores que compõem a moralidade – e aos particulares que contratam com a Administração. Enfim, o antecedente necessário da improbidade é a imoralidade. À luz do art. 37, § 4º, da CF, o legislador a regulamentou pela Lei 8429/92, prescrevendo como espécies de improbidade o enriquecimento ilícito (art. 9º), a lesão ao erário (art. 10) e a violação de princípios e deveres (art. 11). Estes atos previstos, normalmente, correspondem a ilícitos do colarinho branco, marcados pela estreita relação com o exercício do poder, que comprometem os princípios do sistema e o colocam em sério risco. Sua gravidade e a ofensa a bens jurídicos diversos, como patrimônio e fé pública, justificam níveis distintos de

⁹⁷ Idem, p. 277.

responsabilização, como se verifica claramente nas infrações às regras essenciais das licitações.

3.3 Princípios constitucionais penais

Por outro lado, para delimitação da intervenção penal em matéria de licitações, como em qualquer outra, devem ser observados os princípios penais agasalhados pela Constituição. O princípio da legalidade, na lição de Luiz Luisi⁹⁸, desdobra-se em três postulados, concernentes, respectivamente, à fonte (reserva legal), enunciação (taxatividade) e validade no tempo (anterioridade). O primeiro, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF, condiciona crime e pena à existência de lei, em sentido formal, excluindo-se costume e analogia como fonte, salvo “*in bonam parte*”. Esta reserva legal, se absoluta, aliás, não admite sequer outro tipo de disciplina normativa para aspectos secundários da matéria. O postulado da determinação taxativa, por sua vez, exige que as leis incriminadoras sejam claras, certas e precisas, sendo vedadas expressões ambíguas, vagas e demasiadamente abertas. Ao cidadão deve ser assegurado o conhecimento prévio do que é exatamente proibido e permitido. Em contrapartida, prestigia-se a função de prevenção da sanção. Restringindo-se a discricionariedade do aplicador, ademais, preserva-se a separação e o equilíbrio entre os poderes. Finalmente, segundo a irretroatividade, a lei somente alcança fatos posteriores ao início de sua vigência, salvo se benéfica, quando supera até mesmo a coisa julgada. O indivíduo, a propósito, tem o direito de conhecer as consequências de sua conduta e de ajustá-la ao ordenamento vigente, não se lhe impondo a vidência em relação às opções do legislador.

Luiz Luisi⁹⁹ critica, neste contexto, a noção de legalidade substancial como justificativa de algumas decisões pretéritas de tribunais internacionais. Ressalva, contudo, as leis excepcionais, que adquirem eficácia somente quando ocorrem fatos e situações especiais previstas, como normas para uma guerra, as quais não incidem, após o término daquela, mas continuam vigentes. Distingue-as das leis temporárias, que perdem eficácia e vigência, decorrido o prazo fixado. A aplicação posterior, mesmo para o fato do período, representaria, em tese, ultratividade em desfavor do réu, de sorte a ensejar arguição de inconstitucionalidade.

⁹⁸ LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 17.

⁹⁹ Idem, p. 28.

O princípio da culpabilidade, por sua vez, exige reprovação da conduta do agente, além de dolo ou culpa, para sua responsabilização criminal. A responsabilidade não pode ser objetiva, exclusivamente fundada no liame entre sua conduta e o dano. Pressupondo-se o homem como ser livre e capaz de se autodeterminar, à luz da dignidade da pessoa humana, a vontade ganha relevância jurídica. Como ensina Luiz Luisi¹⁰⁰, a culpabilidade não recebeu contribuição decisiva do Iluminismo e foi relegada historicamente por uma visão cientificista da relação do agente com o fato criminoso e pela ideia de temibilidade. Somente após uma identificação inicial com elemento subjetivo da conduta, adquiriu fisionomia normativa, como reprovação de uma opção consciente e livre do indivíduo. Com o finalismo, situado o pressuposto do dolo e da culpa na conduta tipificada, a culpabilidade passou a ser considerada a reprovação jurídica indispensável à aplicação da pena cominada ao delito, sujeita, ademais, a excludentes legais ou supralegais.

O princípio da intervenção mínima, essencial neste estudo, consiste na imposição de limites ao legislador na criação de figuras típicas e penas que não sejam estrita e evidentemente necessárias. Somente a necessidade para proteção de um bem jurídico legitima a criminalização de uma conduta. Como relembra Luiz Luisi¹⁰¹, ainda que não esteja explicitado na Constituição, o princípio é imanente, vinculado a outros expressos e aos fundamentos do Estado de Direito, como a inviolabilidade da liberdade e a dignidade da pessoa humana. Prestigiando determinadas funções da pena privativa de liberdade e sua posição nuclear no Direito Penal, daquele princípio decorrem a fragmentariedade e subsidiariedade. Afirma-se, respectivamente, que nem todo bem é digno de tutela penal, a qual seria descontínua, e que a criminalização de uma conduta deve ser o último remédio jurídico para proteção do bem. Enfim, legitimar-se-ia somente quando os demais ramos do Direito fossem incapazes de proteger bens fundamentais para a existência do homem e da sociedade.

O princípio invocado é essencial no diagnóstico da hipertrofia ou nomorreia penal, que não poupou comportamentos relacionados às licitações, como restará demonstrado. Tal fenômeno desafiou, em contrapartida, soluções doutrinárias e jurisprudenciais, como a adoção do princípio da insignificância, além de leve movimento legislativo de despenalização de ataques adstritos a dogmas morais ou valores superados e

¹⁰⁰ Idem, p. 32.

¹⁰¹ Idem, p. 40.

até mesmo a transformação de alguns ilícitos penais em administrativos. Luiz Luisi relembra que, na Itália, a partir de 1983, sedimentou-se a orientação do legislador pelos critérios da necessidade e proporcionalidade. Enfim, a premissa de que somente a lesão grave a bem jurídico relevante para a preservação da coesão social justifica a penalização ainda está submetida ao desenvolvimento teórico em diversas vertentes e ao aperfeiçoamento de sua aplicabilidade. Cumpre registrar, ainda, a referência que penalistas fazem ao princípio da ofensividade ou lesividade, exigindo-se lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico para responsabilização criminal e restrição excepcional à liberdade individual.

O princípio da ofensividade ou lesividade, essencial para o Direito Penal Liberal, na lição de Antonio Carlos da Ponte¹⁰², impõe que o fato seja ofensivo ou ofereça perigo concreto, efetivo e real a um certo bem jurídico protegido, para ser criminoso. Sua natureza constitucional impede o legislador de criar tipos para condutas absolutamente inofensivas e confere ao juiz o poder-dever de desconsiderar aquelas indiferentes. Tem como funções proibir a incriminação de atitude interna, como a mera cogitação; de condutas que não extrapolem o âmbito do autor, como os atos preparatórios; da participação impunível e do crime impossível; de estado ou condições existenciais; e de comportamentos que, embora desaprovados pelo corpo social, não afetam nenhum bem jurídico, como os hábitos de grupos minoritários. O princípio reflete a opção por um Estado Democrático de Direito e, portanto, corrobora a conclusão de que a dogmática penal possui conteúdo ideológico. Abandona-se um Direito Penal da vontade ou do autor, privilegiando o resultado e não o mero perigo ou a personalidade do agente. Descarta-se, outrossim, o conceito de bem jurídico como simples dever, cuja quebra justificaria a intervenção penal.

A aplicação judicial do princípio, diante de tipos já construídos para fatos inofensivos, no entanto, deve seguir critérios seguros, a fim de evitar a usurpação pelo Judiciário do poder de legislar e a ofensa à separação de poderes. Como ensina Antonio Carlos da Ponte¹⁰³, o princípio da insignificância ou da bagatela, então, serve como causa de exclusão da tipicidade compreendendo-se que a subsunção da conduta ao tipo não pode ser apenas formal, mas apresentar relevância material, com a perspectiva de

¹⁰² HASSEMER, Winfried. Sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. n. 36, ano XIII, março, Porto Alegre: AJURIS, 1986, p. 76.

¹⁰³ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 78.

lesão ao bem jurídico. O Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só deve ir até onde é necessário para proteção do bem.

O mestre relembra que Hans Welzel já desenvolvera a ideia da adequação social, concebendo a necessidade de que lesões insignificantes fossem excluídas do campo de incidência do Direito Penal, e que Claus Roxin, na empreitada de determinar o injusto, acabou por desenvolver o princípio da insignificância, tão difundido na jurisprudência recente. A verificação da ausência de periculosidade social da conduta e de seu reduzido grau de reprovabilidade certamente auxilia sua aplicação responsável, sem violação do princípio da legalidade, impedindo, inclusive, que as infrações de menor potencial ofensivo sejam prontas, simples e indiscriminadamente desprezadas pelos operadores do direito.

Por fim, não se deve olvidar do princípio da humanidade, como corolário da dignidade da pessoa humana, destinado precipuamente a impedir penas e tratamentos cruéis ou degradantes e a tortura, além do princípio da pessoalidade e individualização da pena, consistente na restrição da sanção à pessoa do condenado, de acordo com o fato concreto, observadas as fases complementares para seu dimensionamento (legislativa, judicial e executória).

A exposição sucinta do significado de todos estes princípios é indispensável para o estudo subsequente de cada norma penal destinada à tutela das licitações, a fim de verificar se compatível com a ordem constitucional e as garantias arduamente conquistadas pelo homem, ao longo da História. A dupla face do garantismo orientará, outrossim, a análise dos crimes previstos pela legislação pátria em comento e a exegese de cada norma mais afinada com este ideário.

3.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, incide tanto sobre o Direito Penal como sobre o Direito Administrativo, inclusive o Sancionador, no âmbito dos direitos fundamentais. Na lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹⁰⁴ integra uma exigência ínsita do Estado de Direito para proteção do indivíduo contra intervenções estatais excessivas, ou seja, para que cada restrição de direito individual seja necessária,

¹⁰⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

adequada e proporcional em sentido estrito para proteção de um bem jurídico, ao menos de igual valor, não bastando a proibição do abuso, como esboçou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Diz com os pressupostos materiais da intervenção, preservando a legitimidade do legislativo naqueles limites. É imanente à essência dos direitos fundamentais, impede que o Direito Penal seja mero instrumento de poder, servindo a valores, e impõe proporção entre a sanção e a gravidade do fato, como exigência da justiça e dignidade da pessoa humana.

Antonio Carlos da Ponte¹⁰⁵ aponta como fundamentos do princípio da proporcionalidade os incisos XLII, XLIII, XLIV, XLVI, XLVII, do art. 5º, da Constituição Federal. Está ligado ao conceito de Justiça em um Estado Democrático de Direito, ao estabelecer os crimes que não estão sujeitos à prescrição, aqueles de extrema gravidade, a proibição de certas penas e a individualização das demais. Segundo o mestre, uma de suas fontes é a igualdade, obstando discriminações injustificadas e medidas arbitrárias no processo legislativo, onde são fixados, por exemplo, os limites mínimo e máximo das penas, ou em sede judicial. Historicamente, revelou-se na lei do talião. Propicia o equilíbrio entre os interesses individuais e da sociedade. Impõe a proibição do excesso e a adequação dos meios aos fins. Delimita a discricionariedade do legislador e do aplicador da lei, apresentando dupla face: proteção positiva e contra omissões estatais. Vale dizer, a inconstitucionalidade poderia decorrer do excesso estatal ou da tutela insuficiente de um direito fundamental social, como na falta de sanções penais ou administrativas para ataques a determinados bens jurídicos eleitos pela Lei Maior. Esta obrigatoriedade de proteção suficiente orienta-se pelos mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Destarte, assim como os demais princípios ora invocados, a proporcionalidade deverá nortear a presente análise da intervenção penal nas licitações, as interpretações mais apropriadas de suas normas e as sugestões de revisão da legislação vigente. Trata-se de princípio geral, mas especialmente relevante em matéria penal, extraído de vários preceitos do regime constitucional pátrio, nos termos do § 2º, do art. 5º, da CF; da ponderação entre interesses da coletividade e individuais imanente à adoção explícita do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF); do valor da justiça referido já no preâmbulo da Carta Magna; do objetivo de construir uma sociedade justa (art. 3º, da CF); da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF); do *status* da liberdade e da

¹⁰⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 79.

igualdade (art. 5º, *caput*, da CF); do significado constitucional da pena e da proibição das cruéis e desumanas (art. 5º, inc. III, da CF); da proporcionalidade do direito de resposta (art. 5º, inc. V, da CF); e do devido processo legal, incompatível com a exceção e a arbitrariedade (art. 5º, inc. LIV, da CF).

3.5 Codificação

A ideia de codificação, por sua vez, vem ganhando importância na doutrina e pode ser reconhecida como princípio geral, apto também a orientar a construção do Direito Penal, sobretudo diante das céleres e profundas transformações econômico-sociais e culturais deste século; do surgimento de novos bens jurídicos; das revisões axiológicas sobre aqueles eleitos; da profusão e da complexidade de normas, inclusive em branco e complementadoras de nível inferior; e do ativismo judicial. Winfried Hassemer¹⁰⁶ assevera que o condicionamento central da ação do juiz, desde a virada do século, é a codificação. Esta sua vinculação à lei, contudo, não é ingênua, como se o juiz apenas subsumisse o caso sob a norma codificada, restando à teoria e à metodologia do direito a análise do transporte do conteúdo da norma para o caso. Somente a codificação, neste sentido, garantiria a certeza de estar correta a sentença judicial.

A codificação de grandes áreas do Direito passou a significar, após um longo período de esfacelamento do Direito, a chance de poder existir uma jurisprudência certa e segura, como todas as suas consequências benéficas para a proteção dos direitos do cidadão, mormente contra o arbítrio estatal, tornando sua ação mais previsível e permitindo a todos a adaptação. A força da codificação, ademais, repercute na sistematização do conhecimento jurídico, na medida em que ordena e expõe de forma lógica e compreensível todas as matérias jurídicas; e na legitimação das sentenças ou positivação do Direito, conferindo-lhe maior dinamismo, pois legislado em determinado contexto. Um dos aspectos mais relevantes do princípio é a possibilidade de construção de um sistema aberto e dinâmico, mas bem delimitado, estável, completo, coerente, seguro, dotado de sentido lógico e cognoscível, sobretudo aos leigos, gozando de maior eficácia no ordenamento da vida social.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. Sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, p. 181.

Fernando Yavar Umpierrez¹⁰⁷ afirma, no tocante ao regime punitivo de vários países europeus, que o ideal iluminista de poucas leis, claras e estáveis, cedeu ao costume de muitas leis, complexas, confusas e instáveis, entrando na era irracional da descodificação e das legislações especiais. Observa que, na realidade latino-americana, testemunha-se o legislador buscar soluções para problemas sociais de toda índole através da tipificação penal, como se fosse a única resposta do legislativo ao fenômeno criminal. Quando o legislador trabalha, concentra-se em leis penais. Assevera que a vida moderna impôs a criação de novas leis, impedindo o enfrentamento da crise do Direito Penal, além da descodificação ou tipificação codificada confusa de artigos agregados, que provoca mais de um conflito interpretativo, resolvendo-se os casos de dúvida em benefício do réu, com resultado oposto aos buscados pelos pais dos novos delitos.

Segundo o referido professor, a segurança jurídica impõe a obrigação de revisar os delitos de várias leis esparsas indicadas e da ordem jurídica infralegal que tipifica infrações, mediante um estudo de direito comparado, a partir da realidade criminológica nacional, para concluir o que lhe serve e falta, para transformar e iniciar um processo de recodificação das leis penais em regresso ao Código Penal. O autor conclui que a recodificação deveria ser um objetivo que a maioria legislativa deveria fixar, tendo votos necessários para tanto no Equador, por exemplo.

Oscar Cruz Barney¹⁰⁸ ensina que, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 frente a uma concepção jurídica do antigo regime, existem apenas valores político-constitucionais: o indivíduo e a lei como expressão da soberania da nação. A lei contém o significado de limite ao exercício de liberdade, de submissão e de garantia dos indivíduos que não podem ser ligados por nenhuma autoridade a não ser o legislador, intérprete legítimo da vontade geral. Para os revolucionários franceses a lei é um valor, mais do que instrumento. A codificação surgiu no século XVIII e se desenvolveu em plenitude no século XIX, o que levou à supressão das estruturas jurídicas do antigo regime, baseado no *ius commune*, substituindo-o por um novo regime jurídico. Iniciou-se com o humanismo e prosseguiu com o jusnaturalismo racionalista. A codificação é a consequência lógica da Ideologia da Ilustração, através dos Códigos. A

¹⁰⁷ YAVAR UMPIERREZ, Fernando. Hacia la codificación penal equatoriana. *Revista Electrónica del Instituto Latino Americano de Estudios de Ciencias Penales y Criminología*. n. 002-c01, 2007. Disponível em: [www.ilecip.org]. Acesso em: ago. 2007.

¹⁰⁸ CRUZ BARNEY, Oscar. La codificación del derecho en el Estado de Tabasco durante el siglo XIX. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. Disponível em: [http://juridicas.unam.mx]. Acesso em: agosto 2011.

ascensão do racionalismo e o desenvolvimento dos Estados-nação provocaram a decadência das antigas estruturas jurídicas.

Sem embargo, deve-se ter claro que a codificação não significou a inovação dos conteúdos do direito, mas transformação de seus modos de criação, conservação e manifestação. Os códigos refletem o direito tradicional e as novas instituições, reformando e adequando uns aos outros. A codificação é considerada ruptura com a tradição romanística, que foi, contudo, apenas parcial, muito mais formal do que material. O fundamento filosófico-jurídico da codificação é a doutrina do direito natural racionalista, cujos autores aportaram duas ideias básicas: a possibilidade de obter um direito materialmente justo de uma vez para sempre por sua conformidade com a razão universal e a concepção de sistema ou de organização do direito sobre a base de um plano lógico axiomático-dedutivo.

Oscar Cruz Barney identifica como verdadeiramente novo na codificação a ideologia política do código, individualista, liberal e igualitarista, expressada com um sentido jurídico. Os legisladores ilustrados contemplaram seus súditos com uma codificação a um tempo exaustiva e fundamentada na razão natural, que deveria permitir conhecer de forma mais inteligível seus direitos e obrigações dentro do Estado. Constitucionalismo e codificação são dois conceitos que se relacionam, concebendo-se o primeiro como capítulo do segundo, referido ao Direito Público. A codificação se viu impulsionada, então, pelos textos constitucionais.

O autor, ao discorrer sobre a codificação no México, lembra que a Constituição de Cádiz, estabeleceu-a como modo de expressão do direito e, em seu art. 258, dispôs que o Código Civil, do Comércio e Criminal seriam únicos em toda monarquia. Ressalta, de outro giro, que a disposição constitucional espanhola excluía em seu texto os códigos processuais, o que explica atualmente que a Espanha não tenha código de procedimento, senão lei de ajuizamento civil e criminal. Aduz que a ideia moderna de codificação penetra as “Índias”, uma vez consumado o processo de independência. Os primeiros esforços codificadores seguiram o modelo do Código Civil francês, como o de Oaxaca de 1827/1828, o boliviano de 1830 e o peruano de 1836. O estudo da codificação no México se divide de acordo com as opções políticas, federais e centrais vigentes no país. Tanto os governos federais (até 1837 e depois de 1847), como os centrais, levaram a cabo esforços codificadores. A carência de códigos chegara a motivar compilações por juristas para facilitar o ensino e aplicação do direito, como as pandectas

hispano-mexicanas. Assim, tem-se uma noção da história, da relevância da evolução e do alcance da codificação, inclusive no nosso continente.

Nos países europeus, que muito inspiraram os pilares da ordem jurídica pátria, não se verifica a mesma profusão de normas minuciosas e esparsas sobre matérias variegadas, cujo conhecimento, até mesmo pelos operadores do Direito, é questionável. No nosso ordenamento, não é incomum se surpreender com a localização de um crime em legislações destinadas a questões cíveis e administrativas, como na lei de locações. Muitas vezes o simples descumprimento daquelas regras é tipificado como delito, no emaranhado de dispositivos de natureza diversa, deixando de adquirir relevância prática no meio social e aplicabilidade penal, consideradas as funções precípua de suas sanções.

Partindo-se do indispensável pressuposto de que a ninguém é dado invocar a ignorância da lei e, ao mesmo tempo, da necessidade de consciência e vontade na realização da conduta típica, é fundamental certo grau de previsibilidade e acesso ao conhecimento integral das proibições e mandamentos, inegavelmente propiciados pela consolidação sistemática de todos os dispositivos penais em um único código. Portanto, o princípio da codificação, em certo sentido, complementa os da legalidade e da culpabilidade. O legislador pátrio, porém, ao cuidar da intervenção penal nas licitações, optou por desprezar aquela orientação, inserindo várias figuras típicas no bojo da extensa Lei de Licitações, quando seu projeto tramitava pelo Senado, ao invés de simplesmente aperfeiçoar a regulamentação da matéria no Código Penal vigente. Não é preciso dizer que ainda é incipiente a aplicação da maior parte destes dispositivos e que são extremamente raras, em especial, a comunicação e apuração das infrações de menor potencial ofensivo do referido diploma.

4 ORIGEM E ASPECTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO

4.1 Escorço histórico do instituto da licitação

O instituto da licitação pressupõe a existência do Direito Administrativo, que surge, historicamente, na Europa, como conjunto de regras especiais que excepcionam as normas de Direito Civil para as relações em que a Administração Pública está presente, no bojo de um processo de racionalização do poder político, a partir do século XVIII¹⁰⁹. Somente no século XIX, consolidou-se um regime jurídico especial para as administrações, ante a necessidade de prerrogativas para gestão de interesses gerais, como o poder sancionador e de execução de seus próprios atos. Fábio Medina Osório pondera que, nos modelos do *common law*, o Direito Administrativo não provém da ideia de um Estatuto para a Administração Pública, mas da sujeição de ramificações do Estado, como agências e os “*Quangos*” ingleses, ao império de normas jurídicas especializadas, tendo em comum, porém, com o romano-germânico, esta perspectiva institucional. Seu pilar é o interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁰ ensina que, embora existam regras para a administração pública desde o surgimento do Estado, somente passaram a compor o Direito Administrativo com o desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação de poderes, na proteção dos direitos individuais também perante o Estado Moderno. Aquele ramo do direito não existia na Idade Média, porque, nas monarquias absolutas, a vontade do soberano era lei e não havia normas disciplinando o exercício do poder. Teve origem na França, em decorrência da formação da jurisdição administrativa ao lado da comum, pela criação pretoriana de seus órgãos, mormente do Conselho de Estado, que supria lacunas de legislação e elaborava seus princípios, como a separação entre autoridades administrativas e judiciárias, o poder executório, a legalidade e a responsabilidade do Poder Público.

¹⁰⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., *Direito Administrativo Sancionador*, p. 64.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A história das licitações. Disponível em: [http://www.conlicitacao.com.br/historia/mariasylvia.php]. Acesso em: 17 maio 2011.

A professora vislumbra na história do Direito Administrativo brasileiro e da licitação quatro fases: colonial, imperial, republicana e pós-Constituição de 1988. Na primeira, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas continham regimento dos magistrados e oficiais de justiça, as relações entre Estado e Igreja e disposições sobre processos. As Ordenações Filipinas, em seguida, também cuidaram destas questões e vigoraram até a promulgação dos códigos Criminal de 1830, de Processo Criminal de 1832, Comercial de 1850 e Civil de 1916, conforme Decreto do imperador de 1823, mesmo sob nova ordem constitucional.

Para alguns estudiosos, contudo, o aparelhamento administrativo brasileiro já tinha nascido com o estabelecimento das Donatárias de 1532, quando se decidiu por uma colônia de exploração. A Igreja era a estrutura administrativa juridicamente delineada para servir ao Estado. Os atos normativos provinham do monarca e conviviam com as posturas municipais. Os delegados da coroa e seus funcionários, além do clero, exerciam o poder. Os donatários atuavam como governadores, com poderes administrativos sobre a coisa pública, ou seja, sobre a capitania, independente em relação às outras, podendo nomear seu ouvidor. As cartas de forais previam o que caberia ao réu. Os oficiais arrecadavam os tributos. O Governo Geral de Tomé de Souza, por sua vez, instituiu a unidade administrativa, remanescendo as capitanias como territórios à semelhança de um embrião da federação. Havia, portanto, normas para as relações entre Monarca, delegados, Igreja e colonos, mas sem a sistematização de um Direito Administrativo autônomo. Previam isenções, licenças, prerrogativas, sesmarias, semelhantes à concessão de uso de bem público etc.

No Império, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sob influência da Revolução Francesa, a Constituição de 1824 dividiu o território em províncias, separou os Poderes em Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador e criou o Conselho de Estado, órgão auxiliar consultivo da Administração. Assim, já havia uma consciência de um Direito distinto do Civil, fundado principalmente na jurisprudência administrativa do Conselho, embora contemplasse também questões hoje afetas ao Direito Constitucional e Tributário. Em 1855, aliás, instituiu-se na Faculdade de Direito de São Paulo a cadeira de Direito Administrativo, como ciência autônoma.

Contudo, tendo a lei abrangência assaz geral, nesta seara, as lacunas eram supridas pelos aplicadores e o princípio da legalidade não tinha o sentido atual. As injunções das atribuições políticas do Poder Moderador, de um lado, a ausência de

controle judicial e a tendência à centralização, de outro, marcaram e distinguiram esse período de regime administrativo. Embora o Estado fosse Unitário politicamente, havia competências administrativas para as províncias e vilas, cuja definição caberia à lei. Despertam atenção, ainda, os decretos sobre responsabilidade de empregados públicos, de Ministros e Secretários de Estado, organização do Tribunal do Tesouro Nacional, novo Conselho de Estado, privilégio de foro e juízo privativo, desapropriação, arrecadação de bens de ausentes e terras devolutas.

No período republicano, sem a jurisdição administrativa do Conselho de Estado e com o Decreto n. 848/1890 sobre a organização da Justiça Federal, a Administração ficou submetida ao controle da jurisdição una, ganhando relevância, a jurisprudência sobre a matéria, como na concessão de espaços públicos; ampliação do *Habeas Corpus*; servidões e contratos administrativos, mormente concessão de serviços, sem as características do Direito Privado; estatuto próprio de funcionário público; desapropriação indireta e responsabilidade objetiva. Mesmo sob influência do modelo norte-americano, a produção do Direito Administrativo recebeu contribuição francesa no conteúdo, teorias e princípios.

Por força da extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico pela Constituição de 1934, evoluiu e criou-se até o Tribunal Administrativo Federal, como pondera Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A Lei Maior cuidou de direitos e restrições ao funcionalismo, execução especial contra a Fazenda, fiscalização e revisão de tarifas de concessão. Sob esta crescente intervenção na ordem social e até a Carta de 1946, editaram-se leis sobre tombamento, desapropriação, bens públicos da União, mandado de segurança e ação popular. Ampliou-se o rol de serviços públicos, intensificou-se o poder de polícia e criaram-se novas pessoas jurídicas públicas.

Deste modo, consolidou-se o Direito Administrativo pátrio, com institutos, princípios e regime próprios. A influência francesa é percebida no princípio da legalidade, teorias do contrato e concessão, responsabilidade objetiva e civil do Estado; a italiana, na noção de mérito do ato administrativo, de interesse público, de autarquia e entidade paraestatal; a alemã, na sistematização e no método técnico-científico; a norte-americana, no controle jurisdicional uno e sobre a Administração, o devido processo legal e a razoabilidade, nos mandados de segurança e de injunção; a espanhola e portuguesa, na discricionariedade administrativa e terras públicas. No Brasil, esta intensa positivação,

inclusive de princípios, conferiu maior rigidez às matérias, principalmente à licitação, consoante lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Assim desenvolveu-se a regulamentação da atividade administrativa sob o Estado Liberal de Direito da Constituição de 1891, sob o Estado Social de Direito de 1934 e sob o Estado Democrático de Direito de 1988. Neste último modelo, restou vinculada a valores e princípios fundamentais do ordenamento, reconhecidos constitucionalmente, e à participação do cidadão na sua gestão e controle. A professora citada ressalta, outrossim, a importância da ideia atual de Estado Subsidiário, segundo a qual a iniciativa privada tem primazia e a estatal, quando necessária, deve consistir em fomentar, coordenar e fiscalizar aquela. Neste diapasão, justificar-se-iam privatizações, concessões, desregulamentação, extinção de órgãos e cargos, de um lado, metas de eficiência, autonomia dos entes responsáveis pelos meios para tais desideratos e controle de resultados, de outro. Ganham importância estratégica as licitações e surgem contratos de gestão, organizações sociais, agencias reguladoras e executivas, com a contribuição do *common law*.

Alguns chegam a defender a flexibilização do regime e institutos paralelos aos do Direito Administrativo, como as fundações de apoio, terceirização de pessoal, fórmulas legais genéricas e discricionariedade técnica, para facilitação da parceria entre Estado e particular. Tais questões polêmicas e atuais repercutem, inexoravelmente, sobre a efetivação do princípio da legalidade, da segurança jurídica e dos objetivos impostos à atividade política, bem como sobre o papel do Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos individuais. Neste contexto realista é que devem ser analisados todos os aspectos relevantes do instituto da licitação e de sua tutela penal.

Percebe-se, portanto, que a licitação, como hoje é conhecida, seguiu-se ao surgimento do Estado Liberal, com a separação de poderes entre Legislativo, Judiciário e Executivo. Sua obrigatoriedade desenvolveu-se com o Estado Social e com o incremento da prestação de serviços públicos, sem prejuízo do tradicional exercício do poder de polícia. A ideia de escolher os mais aptos para preenchimento dos quadros estatais passou a permear também a identificação dos melhores negócios para a Administração e, em última instância, para o interesse público. A licitação pressupunha a ideia de pessoa jurídica estatal nas relações com particulares, cujo papel no desenvolvimento econômico e social era cada vez mais importante. Com o aperfeiçoamento do Direito Administrativo e a assunção de responsabilidades e atividades pelo Estado, a regulação das licitações

tornou-se ainda mais relevante e as condutas que lhe eram prejudiciais passaram a merecer resposta penal, com vistas à garantia de suas legítimas finalidades.

4.2 Conceito

Não obstante a variedade de conceitos de licitação, nenhum descarta o componente procedimental e a finalidade de escolher o melhor contratante para a Administração Pública. Assim, acolhe-se, neste trabalho, a ideia de que se trata de um procedimento administrativo, regulamentado por lei e orientado pelos princípios da moralidade e da isonomia, para seleção de um contratante para a Administração Pública que melhor atenda ao interesse público, gerando uma promessa de contrato. Tal definição, além de objetiva e completa, contribui para identificação dos bens jurídicos tutelados pela intervenção penal no âmbito das licitações e não exclui outras características dignas de nota, mas secundárias do instituto.

Para Hely Lopes Meirelles¹¹¹ licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo, que não confere ao vencedor direito ao contrato, mas expectativa de direito. A Administração Pública pode não celebrar o negócio, mas, se o fizer, há de ser com o vencedor. Seu conceito é o de um procedimento administrativo, ou seja, uma sucessão ordenada de atos vinculantes para o ente administrativo e para os licitantes, mediante o qual é selecionada a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro de padrões previamente estabelecidos, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos, sendo um meio técnico-legal de verificação das melhores condições para execução de obras e serviços, compra de materiais e alienações de bens públicos. Destes conceitos extraem-se os bens jurídicos que serão tutelados, penalmente, em matéria de licitações.

Segundo Eros Roberto Grau¹¹², licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Para Adilson de Abreu Dallari¹¹³ é um procedimento para seleção de um contratante com a Administração Pública, que cria um vínculo consistente em uma promessa de contrato, cuja

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 236.

¹¹² GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 14.

¹¹³ DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

regulamentação está sujeita aos princípios constitucionais, aos direitos e às garantias do art. 5º, da Lei Maior. O componente “promessa” pode sugerir a ideia de que o licitante tem direito ao negócio, enquanto a concepção de Eros Grau cuida mais de características do que da essência e das finalidades diretas e específicas do instituto. Assim, o conceito de Hely Lopes Meirelles parece mais completo e adequado à substância do objeto de estudo.

Toshio Mukai¹¹⁴ explica que a licitação é um convite do Poder Público aos administrados para propostas e oportunidade de contratação para execução de determinada prestação. Deste conceito decorreriam, no Direito Administrativo, as concepções de discricionariedade da Administração na contratação, não estando obrigada a contratar, ao final do procedimento, e de vinculação ao procedimento, sendo-lhe defesa, a adoção de outros meios, não regrados por lei, para tanto. Por isso, a doutrina comparada prestigia a liberdade da Administração de escolher o contratante e considera a licitação uma exceção.

O autor relembra que a regra do Direito Público francês é a livre e discricionária eleição do cocontratante pela administração, enquanto a exceção é a adjudicação pública. Registra opiniões neste sentido de Gastón Jeze, Marienhoff, Sayagués Laso, Roberto Dromi e Francis Paul Benoit. Pondera que, segundo Hector Jorge Escola, não há razão que se oponha à forma de escolha do contratante que mais convenha, tendo em conta a finalidade e objeto da relação contratual a ser estabelecida, e que o excesso na previsão de diversos sistemas que restringem tal liberdade leva à confusão, à deturpação e à noção de que o princípio é a limitação da Administração na seleção.

Toshio Mukai¹¹⁵, todavia, não vislumbra fundamento jurídico teórico para tal conclusão, lastreada apenas em argumento de autoridade, e invoca os princípios jurídicos da igualdade e da indisponibilidade do interesse público. Lucia Vale Figueiredo e Hely Lopes Meirelles também preconizam a obrigatoriedade de licitar.

A par do respaldo teórico geral, o direito positivo pátrio não confere aquela ampla liberdade ao Poder Público. O art. 37, XXI, da CF, determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações sejam 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

¹¹⁴ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

¹¹⁵ Idem, p. 3.

permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia das obrigações.

Além da obrigatoriedade de licitar, a norma constitucional estipulou diretrizes para regras infraconstitucionais e desenvolvimento do procedimento. O art. 175, da Carta Magna, além disso, reitera a exigência para concessões e permissões de serviço público. Por força do art. 5º, da CF, o mesmo ocorre com relação às permissões de uso exclusivo de bem ou qualquer ato ampliativo que invista terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar, nas sábias palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹⁶.

Adilson de Abreu Dallari aduz que as instituições não acompanharam a evolução da licitação, sob o aspecto econômico (maximização dos recursos públicos) e da ciência da Administração (rotinas mais convenientes), principalmente diante do aumento da esfera de atuação da Administração com novas funções exigidas pela complexidade da vida moderna. Observa que a realização do certame, então, não é garantia definitiva da probidade, carecendo de aperfeiçoamento os mecanismos de seu controle. Ressalta, por outro lado, que a Lei 8666/93, embora tenha representado progresso, não deveria suscitar interpretações precipitadas, como, por exemplo, a equiparação entre a vedação da participação da mesma empresa em consórcios diferentes – que compromete o sigilo e a lisura das ofertas – e a apresentação de propostas distintas por duas empresas de um grupo econômico, quando vigora a diversidade de personalidades jurídicas. Também não se justificaria a proibição da criação pelos licitantes de uma terceira empresa, especificamente para o objeto do contrato, eis que permitida pelo art. 20, da Lei 8987/95, e corroborada pela instituição das parcerias público-privadas da Lei 11.079/2004.

O autor destaca ainda divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da licitação: se um ato-condição ou se um procedimento do Direito Administrativo ou, ainda, se instituto do Direito Financeiro¹¹⁷. Refuta esta última posição, lembrando que é um procedimento preliminar a um contrato, este sim gerador de despesa. Ademais, a outorga à União, por dispositivos distintos da CF de 1988, de competência para normas gerais de Direito Financeiro (art. 24, I) e sobre licitação (art. 22, XXVII) evidencia, em preceitos distintos, que esta não integra aquele e guarda pertinência com o Direito

¹¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 504.

¹¹⁷ Idem, p. 19.

Administrativo. Por fim, assevera que a licitação não é um ato-condição, mas uma série deles para uma finalidade específica.

Quanto às suas modalidades, Vicente Greco Filho¹¹⁸ explica que a concorrência é prevista para contratos de grande valor ou características peculiares, com ampla publicidade e universalidade de acesso, sendo obrigatória para compra e alienação de imóveis, concessão de uso, de serviço ou de obra pública e licitações internacionais, para concessão de serviço público e para o sistema de registro de preços até a Lei 10520/2002. A tomada de preços atende aos contratos de valor médio, nos limites legais para obras, serviços e compras, entre interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos de cadastramento até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas, sujeitando-se, os cadastros, à atualização anual e servindo a outros órgãos da Administração. O convite é empregado para contratação de pequeno valor entre ao menos três interessados do ramo do objeto, convidados pela Administração para apresentação de propostas, no prazo mínimo de cinco dias, facultada a participação de cadastrados não convidados que manifestem interesse, com antecedência de 24 horas da entrega das propostas. A carta convite dispensa a publicação de edital, devendo ser dirigida a um cadastrado não convidado a cada licitação do objeto idêntico ou assemelhado. Na ausência de três interessados, o ato é repetido, devendo ser justificada eventual impossibilidade de obtenção do *quorum*. O concurso se destina ao trabalho técnico, científico ou artístico, mediante instituição de prêmio ou remuneração e edital publicado com ao menos 45 dias de antecedência, regulamento próprio disponível no local indicado, julgamento por comissão especial de pessoas com reputação ilibada e reconhecido conhecimento na matéria. O pagamento depende da cessão dos direitos patrimoniais pelo autor para uso nos termos do regulamento. O leilão serve à venda de bens móveis inservíveis para a Administração, apreendidos ou penhorados e de imóveis adquiridos em procedimento judicial ou dação em pagamento, segundo maior lance, igual ou superior ao da avaliação. O pregão se destina a serviços e bens comuns, cujos padrões de qualidade e desempenho possam ser objetivamente definidos pelo edital, conforme especificações usuais no mercado. O Decreto 3555/2000 traz rol dos respectivos objetos, mas exemplificativo, motivo pelo qual aquele conceito continua sendo insuficiente, sobretudo ante a exigência de definição objetiva para qualquer licitação, nos termos do art. 40, I, da Lei 8666/93. O Decreto 5450/2005, por sua vez, tornou obrigatório o pregão e priorizou o eletrônico.

¹¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17-24.

No concernente ao contrato administrativo, Jessé Torres Pereira Jr.¹¹⁹ esclarece que a Lei 8666/93 não cuida somente de tal categoria, mas de todos os contratos públicos, ou seja, celebráveis pela Administração, contemplando os administrativos referidos no arts. 1 e 54, da Lei, e os de conteúdo regido predominantemente pelo Direito Privado, consoante o disposto no art. 62, § 3º, do mesmo diploma.

4.3 Formação da legislação brasileira

O instituto da licitação tem mais de cento e trinta anos de história no Brasil, tendo sido introduzido no ordenamento pelo Decreto n. 2926/1862, o qual regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério de Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A Lei 2221/1909, por sua vez, fixou regras para as concorrências e as Leis n. 3232/1917, 3454/1918 e 3991/1920, além do Decreto n. 4555/1922, também cuidaram da matéria até ser consolidada no Decreto 4536/1922 (Código de Contabilidade da União), cuja aplicação foi estendida pela jurisprudência e pelos Tribunais de Contas para Estados e Municípios, como corolário do princípio da moralidade administrativa¹²⁰.

O Decreto 200, de 1967, estabeleceu princípios da reforma administrativa federal, modalidades de licitação e hipóteses de dispensa. Ainda segundo André Guilherme Tavares de Freitas, a Lei 5456/1968, então, trouxe algumas alterações e estabeleceu a incidência daquelas regras no âmbito dos Estados e Municípios. Por sua relevância, acabou amparada pela Emenda Constitucional n. 1/69, que institui a competência da União para normas gerais da matéria. Assim, a Súmula 158 do Tribunal de Contas reconheceu a sujeição das entidades da Administração aos ditames da competição licitatória. O Decreto-lei 2300/1986 reuniu e definiu as normas gerais e especiais – estas para a União – sobre licitação e contratos administrativos.

A Constituição de 1988, nesta linha de evolução, conferiu suma relevância ao tema, mediante várias disposições (arts. 22, inc. XXVII, 37, inc. XXI, 175 e 195, § 3º). Seguiram-se as Leis 8666/93, 8883/94, 9032/95, 9648/98 e 9854/99, além de

¹¹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 13.

¹²⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.

Emenda 6/1995. André Guilherme Tavares de Freitas conclui que o ordenamento pátrio, ao longo do tempo, contou com ampliação da aplicação das normas sobre licitações, definições mais precisas de sua obrigatoriedade e de suas exceções, de seus componentes importantes, como os requisitos de editais e julgamentos, de regimes especiais e de mecanismos para ampla defesa, sobretudo em revogação e anulação.

Na lição de Vicente Greco Filho, a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, incumbiu à lei ordinária o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, incluindo regras de licitação e contratos. A nova redação do art. 173, da CF, tornou excepcional sua exploração direta pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional e ao relevante interesse coletivo, nos termos da lei. A licitação, enfim, é antecedente imprescindível para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, contratadas com terceiro.

Como se viu, a imposição legal de licitação e, por conseguinte, a necessidade de sua proteção penal não surgiram, historicamente, de maneira uniforme, em diferentes regiões do mundo. Adeildo Nunes¹²¹ relembra que, no Brasil, antes da vigência da Lei 8666/93, os Decretos-leis 200/67 e 2300/86 estabeleciam normais gerais sobre os contratos administrativos e as licitações, cuja constitucionalidade, porém, era questionada, porque a Constituição Federal de 1967, com a Emenda 01/69, não autorizava a União a legislar sobre Direito Administrativo vinculante para outros entes administrativos. A Constituição de 1988, porém, com desenho minucioso de competências e atribuição daquela à União, recepcionou os dois diplomas, os quais vigoraram até 21 de junho de 1993. Estes não continham, por outro lado, regras de natureza penal.

O projeto de Roberto Pontes, que deu origem à Lei 8666/93, também presumia suficientes os tipos do Código Penal e o deputado defendia a menção expressa à sua aplicação subsidiária. O legislador, no entanto, acabou por prevê-la explicitamente apenas para o Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais. O Código Penal, de qualquer sorte, continuou e continua aplicável a diversas situações, como na fraude ou violência em arrematação judicial (art. 358, do CP), a qual não se confunde, todavia, com licitação administrativa. No mesmo diapasão, embora sem disposição expressa na Lei de

¹²¹ NUNES, Adeildo. O crime nas licitações. *Revista da Esmape*. v. 4, n. 9. Recife: Amepe, 1999, p. 25.

Licitações, a Lei de Improbidade Administrativa se aplica aos contratos e às licitações administrativas.

Na evolução histórica do Direito Penal brasileiro, não são encontrados crimes específicos contra as licitações, no Livro V das Ordenações Filipinas, no Código Criminal do Império do Brasil, no Código Penal de 1890 e na Consolidação das Leis Penais de 1932. O Código Penal de 1940 acabou por tratar de algumas condutas especificamente relacionadas à concorrência, embora empregasse este termo ao invés de licitação, mais abrangente. Assim, previu os crimes de violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 326), de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335), além de outros com incidência mais ampla (não restrita às concorrências), como de inutilização de edital ou de sinal (art. 336) e de advocacia administrativa (art. 321).

À luz do princípio da codificação, da intervenção mínima e da lesividade, bastariam algumas modificações nesta parte do Código Penal para tutela eficiente e comedida do bem jurídico albergado pela Lei Maior. A substituição da concorrência pelo conceito mais amplo de licitação (gênero do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão são espécies) e a adequação dos tipos à regulamentação vigente dos procedimentos licitatórios pela lei especial, como a previsão da categoria de licitante inidôneo, propiciariam intervenção penal suficiente e comedida nesta seara, prescindindo-se das seções III e IV introduzidas na legislação esparsa, em detrimento da consolidação sistemática, enxuta e facilmente cognoscível de todas as normas penais existentes no ordenamento jurídico pátrio sobre a matéria.

A propósito, a maior parte das condutas tipificadas pela Lei de Licitações já se subsumia a tipos do Código Penal. Sob a putativa sensação de que os novos dispositivos – mais minuciosos – otimizariam a vertente taxatividade do princípio da legalidade e melhor protegeriam o instituto, vislumbram-se, na verdade, o emprego de expressões equívocas ou despiciendas, redações imperfeitas, falta de sistematização, escolha aleatória de algumas condutas não lesivas e lacunas na proteção do bem jurídico. Outrossim, a extensão da redação de inúmeros dispositivos, como o art. 96, da Lei, e a inclusão de elementos peculiares ou estranhos ao injusto, como a invalidação do ato pelo Judiciário no art. 91, do aludido diploma legal, fizeram com que diversas condutas, porque desacompanhadas de alguns fatores específicos, não pudessem se subsumir aos respectivos tipos penais, não obstante substancialmente prejudiciais aos escopos das licitações.

Como no ato de ministrar um remédio, este excesso na busca por especificidade, inclusive despicienda ao conhecimento dos limites da proibição pelo destinatário, mostrou-se contraproducente ao tratamento do problema, ignorando os efeitos colaterais (exclusão de condutas desprovidas de características desimportantes) e incrementando risco ao seu objetivo central. Não se preconiza, neste lanço, o emprego de expressões vagas, conceitos demasiadamente amplos e tipos penais abertos, mas texto preciso, enxuto e objetivo.

Não é difícil compreender, por exemplo, o que é fraudar uma licitação ou a execução de um contrato, existindo variegados e inimagináveis meios para tanto. Reputa-se, pois, desnecessária e propícia à impunidade, a inviável descrição de cada *modus operandi*. No mesmo sentido, prescindia-se da invalidação definitiva do ato pelo Judiciário para que o patrocínio ilegal de interesse particular no seio da Administração fosse considerado reprovável. No afã de criminalizar, o legislador introduziu elementos extrínsecos à conduta; preocupou-se em descrever minúcias de atos mais recorrentes, desprezando outros aptos à idêntica lesão ao bem jurídico; tipificou alguns desprovidos de lesividade e vários já contemplados por tipos penais mais abrangentes, olvidando-se, ao mesmo tempo, de condutas que afetariam, fatalmente, as finalidades da licitação.

De qualquer modo, sem atenção ao princípio da intervenção mínima e à codificação, optou-se pela criação de uma parte penal razoavelmente extensa para a matéria, na lei especial. A propósito, o projeto da Lei de Licitações do Deputado Roberto Pontes não continha previsão inicial de crimes. Considerando-se insuficientes os clássicos delitos contra a Administração Pública para garantia da adoção e da regularidade das licitações e sob pretexto da relevância, especificidade e complexidade da matéria, esta tendência de inflação punitiva fez o projeto de lei sofrer modificações e ganhar a Seção III do Capítulo IV (Dos Crimes e das Penas), no Senado.

Esta reação simbólica coadunava-se com o incremento de contratações de particulares favorecidos por agentes políticos, de disputas simuladas, de superfaturamento de preços e de realização de negócios prejudiciais ao erário. A intensificação do debate político e da exposição aos meios de comunicação destas e de outras práticas ilegais no seio do aparelho estatal e paraestatal era sensível na década de 1990. Assim, com a aprovação do Congresso e a sanção presidencial, foram introduzidos na nossa ordem jurídica, em 21 de junho de 1993, os tipos penais específicos para as licitações e contratações da Administração Pública, sem *vacatio legis*.

Sobrevieram alterações por medidas provisórias; a consolidação publicada em 6 de julho de 1994, com a redação que lhe deu a Lei 8883, de 8 de junho de 1994; a Lei 9032, de 28 de abril de 1995; a Lei 9648, de 27 de maio de 1998; a Lei 9854, de 27 de outubro de 1999; a Lei 10438, de 26 de abril de 2002; a Lei 10520, de 17 de junho de 2002; a Lei 11107, de 6 de abril de 2005; e a Lei 11196, de 21 de novembro de 2005.

Como a União extraía da Carga Magna competência privativa para legislar sobre Direito Penal, a Lei 8666/93 pôde contemplar delitos que, nos termos de seu art. 85, referiam-se às licitações e contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e quaisquer outras entidades sob seu controle direto e indireto. Neste ponto, foram definidos os sujeitos passivos das infrações penais e impostas aos seus agentes as providências para instauração e condução regular das licitações, ressalvadas apenas as hipóteses legalmente expressas de dispensa ou inexigibilidade.

Não obstante a inaplicabilidade de toda lei aos fatos anteriores, os novos tipos penais, segundo vários doutrinadores, poderiam incidir sobre licitações já instauradas, quanto às condutas pertinentes a outras fases do processo. Assim, se a licitação se tornou pública por edital, antes da inovação legislativa, eventual patrocínio prévio de interesse privado não configura o delito do art. 91, da Lei, mas do art. 321, do CP. Igualmente, dispensa indevida, cometida antes da vigência da lei especial, poderia caracterizar, na melhor das hipóteses, prevaricação, se presentes todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo do Código Penal. Em contrapartida, a perturbação de ato de licitação instaurada antes da lei ou a entrega de uma mercadoria por outra, em fraude ao contrato outrora obtido, subsumir-se-ia aos novos tipos específicos. Nestes casos, não se exigiria que a licitação tivesse sido aberta sob a égide da nova Lei.

Destarte, houve revogação parcial do Código Penal, ou seja, seus crimes, quando relacionados com contratos e certames sob responsabilidade da Administração Pública, foram considerados revogados tacitamente, pois a nova lei tratou de toda matéria, subsistindo aqueles dispositivos para aplicação a outras situações. No diploma especial e ulterior, passou a existir modalidade própria de advocacia administrativa e quebra de sigilo, conceito específico de funcionário público e critério diverso para cálculo da multa.

Diógenes Gasparini¹²² entende que a existência de um preceito na lei federal licitatória correspondente a outro do Código Penal é chamada impropriamente de revogação. Merece ressalva ao fenômeno, outrossim, a incidência do art. 358, do CP, sobre as fraudes e infrações cometidas contra arrematações judiciais, tendo em vista que não foram açambarcadas pela lei especial, a qual se limitou a cuidar das licitações administrativas.

O autor citado observa que o conflito aparente de normas ou concurso de normas resolve-se pelos critérios da especialidade, subsidiariedade, consunção (desconsidera-se a norma contida em outra) ou alternatividade (punição por uma das modalidades, se o crime for de ação múltipla). Assim, não basta buscar a possibilidade de aplicação de um tipo da lei especial, sem atentar para o Código Penal e para a visão sistemática do ordenamento, motivo pelo qual a dispensa indevida da licitação, mediante propina, enseja a imputação de corrupção passiva (mais grave e ampla) e não do art. 89, da lei ulterior e especial. Destaca, por fim, que, na melhor interpretação dos artigos 104 a 108, da Lei 8666/93, não se aplicaria à persecução de seus crimes, o procedimento do art. 513 a 518, do CPP, previsto para os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

4.4 Abordagem da matéria pelo Código Penal de 1940

Sobre a violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 326, do CP), Nelson Hungria¹²³ ensinava, na vigência do Código Penal de 1940 e antes da reforma de 1984, que se tratava de uma modalidade de violação de sigilo funcional, destacada pelo Código para redução das penas, embora as cominando cumulativamente, em razão da menor gravidade. Segundo sua precisa lição, as duas modalidades (devassar ou proporcionar a outrem o indevido conhecimento) deveriam ocorrer de forma fraudulenta, evitando vestígios, e em tempo útil, antes de expirado o prazo do edital ou da seleção, permitindo substituições ou alterações ou a quebra da normalidade da concorrência. O crime consumava-se com o devassamento, independentemente de ulteriores consequências. No devassamento direto, sequer era preciso que o funcionário conseguisse revelar o segredo a outrem. O penalista já entendia que não haveria crime em caso de nulidade da concorrência por motivo alheio ao devassamento.

¹²² GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 1996, p. 25.

¹²³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX, p. 396.

No tocante ao artigo 335, do CP (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), Nelson Hungria observava que tais crimes eram estranhos ao revogado Código de 1890, observando que não se justificava a impunidade de tais fatos frequentes e em detrimento do interesse do Estado na apuração do justo preço e na seleção dos competidores com aptidão e solvabilidade. Explicava que concorrência pública era competição para alienação de bens imóveis do Estado ou de autarquias ou para a execução ou concessão de obras ou serviços públicos, enquanto venda em hasta pública era aquela realizada em almoeda, por ordem judicial ou não, promovida por entidade de direito público para a venda de seus bens móveis ou nos executivos fiscais¹²⁴.

O mestre ensinava que a conduta de impedir significava obstar o início ou o prosseguimento do processo, mediante violência física ou moral contra os incumbidos da moralidade ou contra o público. Perturbar era criar qualquer restrição ao andamento normal dos atos por qualquer meio não fraudulento. Fraudar era empregar artifício para iludir a finalidade da concorrência ou hasta. Entendia que a fraude do *extraneus*, após obter a revelação da proposta alheia, configurava o delito do artigo 335, do CP, e não a participação no artigo 326, do CP.

A segunda modalidade, que na superveniente Lei de Licitações foi descrita em tipo próprio, correspondia à conduta de afastar ou procurar afastar competidor, mediante violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem. Com exceção deste suborno do funcionário encarregado do certame, os demais meios coincidiam com os da primeira modalidade. Salientava, porém, que a violência poderia ser contra coisas, como na destruição de uma ponte que impedisse o comparecimento do presidente do ato ou de um candidato. A fraude poderia ser o conluio para simulação da competição e posterior partilha dos lucros e até mesmo o emprego de falsas razões para depreciação do objeto. Ao suborno bastaria a proposta de vantagem, ainda que recusada pelo destinatário. O renomado doutrinador já concebia como afastamento o ato de provocar a abstenção da proposta. Ressalvava o crime putativo, quando a vantagem fosse oferecida a um candidato fingido, ao qual também não poderia ser imputado estelionato, dada a torpeza bilateral¹²⁵.

Ressaltava que a pena da violência era aplicada cumulativamente com a do crime contra a Administração, salvo na hipótese de simples via de fato. Vislumbrava

¹²⁴ Idem, p. 438.

¹²⁵ Idem, p. 439.

unidade de crime na prática de atos contra vários competidores no mesmo procedimento, ponderando que o agente responderia pela violência, contudo, tantas vezes quantas fossem as vítimas. Destacava que, além do dolo genérico, era necessário o fim específico, recaindo sobre a concorrência ou o licitante. Asseverava que o parágrafo único incriminava a corrupção passiva especificamente praticada pelo concorrente que se deixava corromper, consumando-se com a omissão da proposta ou lance e especificando-se o dolo por esse fim de abstenção (vantagem)¹²⁶.

Além destes tipos diretamente relacionados com as concorrências públicas, o Código Penal de 1940 estabeleceu condutas típicas mais abrangentes, que poderiam ter incidência significativa, nesta seara. No tocante ao artigo 336, do CP, Nelson Hungria¹²⁷ esclarecia que a primeira parte do dispositivo, inspirada no artigo 345 do Código norueguês, cuidava da conduta de rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público, seja judicial ou administrativo. Além do menosprezo para com a autoridade, havia prejuízo ao interesse público colimado por meio da publicidade oficial. O crime ocorria, ainda que o edital fosse substituível e o rasgamento, parcial. O dolo era genérico, sendo irrelevantes os motivos ou fins do agente.

O penalista aduzia que a segunda modalidade, com inutilização de sinal, tratava do interesse da Administração Pública em manter a identidade, encerramento ou indenidade de certas coisas. O que se tutela é menos a inviolabilidade do selo do que a que está sob ele ou sinal. Mais do que despreço à autoridade era um *iter* para o devassamento ou violação daquilo que se queria preservar. Assim, reconhecia o crime na violação, ainda que sem rompimento ou destruição do selo ou sinal. Poderia haver crime progressivo, quando seguido de furto, sonegação de prova ou outra infração. Ao modelo italiano ou francês, nosso Código preferiu o suíço, punindo a conduta somente a título de dolo. Ainda segundo Nelson Hungria, seriam indiferentes os motivos ou os fins do agente.

A advocacia administrativa, muito comum na formação e desenvolvimento de negócios do Estado, por sua vez, estava prevista no art. 321, do CP. Nelson Hungria ressaltava que a figura típica era inovação do legislador de 1940, pois a conduta descrita não passava de ilícito administrativo ou falta disciplinar na legislação anterior. Advertia para o equívoco em identificá-lo com o “interesse privado em ato de

¹²⁶ Idem, p. 440.

¹²⁷ Idem, 441.

ofício” ou “afarismo na função pública”, nos termos do artigo 232 do Código de 1890, do artigo 339, do Projeto Sá Pereira (segunda fase) ou do artigo 158, do Projeto Alcântara. Esclarecia que o funcionário, na advocacia administrativa, não precisava interferir em ato administrativo da repartição em que estava lotado. Cometeria a infração, ao advogar interesse em qualquer setor da Administração, valendo-se de sua condição. A expressão patrocínio pressupunha interesse alheio. Na lição de Basileu Garcia, tratava-se do uso de sua qualidade para eventual vitória desleal de pretensão alheia. Não deixava de existir, ainda que legítimo o interesse defendido. Se ilegítimo, aliás, incidiria a forma qualificada do parágrafo único. O funcionário que cedesse ao pedido ou influência, por sua vez, incorreria no § 2º, do artigo 317, do CP. Finalmente, bastaria o dolo genérico como elemento subjetivo.

O delito do art. 315, do CP, em tese, também poderia ser cometido no bojo ou sob a roupagem de licitações e contratos administrativos. Nelson Hungria¹²⁸ asseverava que o crime de dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei, era estranho à legislação anterior e se inspirara em vários códigos latino-americanos, os quais, por sua vez, teriam se inspirado no Código Espanhol de 1850. Aduzia que o emprego irregular de verbas equivalia ao crime de responsabilidade de estorno de verbas, considerando-as dinheiros destinados especificamente pela lei orçamentária a um serviço público ou utilidade pública. Distinguia aquela figura da aplicação irregular de rendas, que são todos os dinheiros percebidos pela Fazenda Pública. Diversamente do peculato, o sujeito ativo não visava a locupletar-se ou a outrem, sendo os dinheiros empregados em prol da própria Administração. Os dois crimes, contudo, poderiam ser, em tese, praticados no bojo das licitações.

¹²⁸ Idem, p. 396.

5 DIREITO COMPARADO

5.1 Direito francês

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, em regra, não encontramos legislação ou capítulo próprio que estabeleça crimes específicos contras as licitações ou extenso número de tipos penais para assegurar tanto o interesse do destinatário da prestação de serviço, da obra ou do bem, como dos licitantes. A matéria é disciplinada pelo Direito Administrativo, sem prejuízo da responsabilização penal por condutas que eventualmente também sejam alcançadas pelas normas mais abrangentes do Código Penal. Com efeito, as fraudes e outras infrações ligadas à contratação ou execução de negócios entre Administração e particulares podem ser coibidas e punidas por tipos que não são exclusiva e estritamente voltados às licitações. Em muitos códigos penais, aliás, já há capítulo próprio para os delitos contra a Administração Pública.

No Direito francês, o instituto da licitação não recebe tratamento diferenciado entre as matérias de alçada do Direito Administrativo e não conta com explícito supedâneo constitucional, sendo tratado pela doutrina no estudo do contrato administrativo. Daniela Mello Coelho¹²⁹ esclarece, ainda, que a licitação está disciplinada em leis e regulamentos de contratos, mormente no Código de Contratos Públicos (*Code de Marches Publics*), com as alterações subsequentes da Comunidade Europeia, e que a Constituição Francesa de 1958 é um corpo normativo bem simplificado, contendo breves considerações sobre organização administrativa e estendendo à lei infraconstitucional a previsão dos princípios sobre a livre administração das coletividades locais. A autora enfatiza o acentuado exercício da competência discricionária da autoridade competente para contratação, ao contrário do direito brasileiro. Não sendo uma a organização administrativa, impõe-se a transmissão às coletividades locais do encargo de prover livremente suas necessidades. Os departamentos, comunas e territórios do ultramar são sede de atividade administrativa que a exercem em seu próprio nome.

¹²⁹ COELHO, Daniela Mello. O instituto da licitação no direito francês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 156, ano 39, out.-dez. 2002, p. 233.

Neste contexto, o ordenamento francês distingue os contratos da Administração, sujeitos ao Direito Privado e à competência judiciária, envolvendo, em regra, serviços industriais e comerciais, de contratos administrativos, submetidos à jurisdição administrativa e a regras diferentes, em virtude de cláusulas exorbitantes, natureza do objeto ou regime próprio. Neste caso, uma das partes é pessoa pública ou, na concepção mais usual, de Direito Público. Daniela Mello Coelho destaca, nesta categoria, os contratos de fornecimento, transporte, empreitada pública, concessão de serviços públicos, mediante tarifas, empréstimo público, oferta de concurso, investigação científica, estudo e outros inominados. Há regimes de acordo com o contrato e restrições à escolha, forma contratual e capacidade. Os *marches publics* são os instrumentos mais comuns, utilizados para obras, transporte e fornecimento, e regidos pelo Código de Contratos Públicos de 1964, com alterações de 1996.

Ainda assim, coexistem aquela ordem judicial ordinária, tendo no topo o Tribunal de Cassação, e a ordem administrativa, sob o Conselho de Estado. O juiz administrativo pode anular decisão administrativa ou reconhecer ilegalidade de condenação pecuniária, interpretar um ato administrativo e exercer a função repressiva, em situações excepcionais. De qualquer modo, verifica-se que a tutela da licitação e do contrato administrativo não conta com diploma próprio e uniforme, além de não haver previsão de diversos crimes específicos contra o instituto.

Na legislação francesa, atualizada até 2003 (*Mise A Jour Legifrance a jour au 15 septembre 2003*), com a alteração da Lei 2003-495 de 12 de junho de 2003, são encontrados delitos clássicos contra a Administração, que podem ser cometidos ou não no âmbito das licitações, incluindo o atentado contra o segredo de correspondência, que poderia contemplar a violação do sigilo de proposta (§ 4º, da seção 2, artigo 432-9), a corrupção passiva e o tráfico de influências, correspondendo esta última à advocacia administrativa (§ 2º, da seção 3, artigo 432-11), a cobrança ilegal de comissões (§ 3º, da seção 3, artigo 432-12) e as falsidades (art. 441-1 até 441-3).

O preceito propriamente aplicável às licitações, contudo, é o § 4º, da seção 3, artigo 432-14, que comina dois anos de prisão e multa aos atentados contra a liberdade de acesso e a igualdade entre os candidatos aos contratos públicos e às delegações de serviço público. Cumpre destacar como aspecto negativo a equiparação pelo tipo da consumação à tentativa, em detrimento da proporcionalidade, e como nota positiva a aplicação às sociedades de economia mista.

Nicolas Charrel¹³⁰ destaca o delito de favoritismo do art. 7º, da Lei 91-3 de 1991, consistente em outorgar vantagem injustificada, em detrimento da transparência e da regularidade dos procedimentos contratuais. A norma equiparava a tentativa à consumação de ato contrário às disposições legislativas e regulamentares destinadas a garantir a liberdade de acesso e a igualdade dos candidatos, cominando prisão de seis meses a dois anos. Enfatiza, outrossim, o art. 432-14, do Novo Código Penal, que estabeleceu dois anos de prisão e pagamento de duzentos mil francos para quem proporcionar ou tentar proporcionar vantagem injustificada nos negócios públicos e nas delegações de serviço público. Segundo o autor, o legislador pretendeu criar os meios de um combate eficaz contra as numerosas irregularidades das quais a simples anulação administrativa não podia dissuadir, no bojo de uma moralização da vida pública do início dos anos 90, tanto em matéria de financiamento de partidos políticos como de delinquência econômica.

O art. 432-12, do Novo Código Penal, tipificou a conduta de quem, investido da função pública, acolhe, recebe e conserva, direta ou indiretamente, um interesse qualquer dentro de uma empresa ou operação, no todo ou em parte, quando encarregado da fiscalização, administração, pagamento ou liquidação, cominando pena de cinco anos de prisão e multa de quinhentos mil francos. O art. 432-11, daquele diploma, estipulou ainda dez anos de prisão e um milhão de francos para a pessoa depositária de autoridade pública, incumbida de uma missão de serviço público ou investida de mandato eletivo, que solicita ou aceita, direta ou indiretamente, sem direito, quaisquer ofertas, promessas, doações e presentes para cumprir ou se abster de um ato de sua função, missão ou mandato ou para abusar de sua influência real ou hipotética com vistas a obter de uma autoridade ou administração pública distinções, trabalhos, contratos ou qualquer outra decisão favorável. Como se percebe, o mesmo dispositivo contemplou a corrupção passiva e o tráfico de influência, correspondente à nossa advocacia administrativa, tanto na condução dos negócios públicos como em outras atividades administrativas.

O art. 433-1, do Novo Código Penal, previu, por sua vez, a corrupção ativa e o tráfico de influências praticado pelo particular. Embora com regime semelhante ao da passiva, contemplou a responsabilidade penal das pessoas morais e mais particularmente das empresas, no art. 433-25, do mesmo diploma. Foi criada ainda a

¹³⁰ CHARREL, Nicolas. *Marchés et délégations de service public. Le risque penal. Les acteurs. Les délits. La prévention*. Paris: Le Moniteur, 2001, p. 36.

incriminação específica da corrupção e tráfico de influência obtidos por vias de fato ou ameaça. O art. 433-3, do Código, cominou dois anos de prisão para a ameaça de cometer um crime ou um delito contra as pessoas ou bens declarados de magistrado, jurado, advogado, oficial público ou ministerial, militar e qualquer outra pessoa investida de autoridade pública ou no exercício de missão de serviço público. A pena foi elevada a cinco anos para ameaças de morte e a dez anos para violências, ameaças ou qualquer outra intimidação destinada a obter uma ação ou abstenção de ato de sua função ou ainda uma decisão favorável, emprego, contrato ou distinção.

Nicolas Charrel¹³¹ observa que o pacto de corrupção impulsiona frequentemente uma sucessão de delitos para permitir a realização do principal. Ao discorrer sobre os crimes conexos no bojo dos negócios públicos, menciona o exemplo da corrupção de um servidor para obter um contrato (ativa e passiva), com abuso dos bens sociais na empresa, levando-o a redigir um relatório de ofertas em seu favor (favoritismo) e a modificar as faturas de preços daquela interessada no negócio (falso na escrituração) em relação às ofertas das outras, aproveitando, por sua vez, para abusar de fundos públicos, enquanto o diretor da empresa cuida para que dois de seus concorrentes proponham ofertas não competitivas aumentando suas chances de obter o contrato (participação pessoal em um “acordo”).

O autor conclui que as relações mais recentes em matéria de direito penal dentro dos contratos públicos demonstram a complexidade dos mecanismos delituosos empregados, de acordo com informações judiciais; que as condições de execução dos delitos associados à direção ou encomenda pública podem ser específicas e que, sem conhecer todos os elementos, é necessário, portanto, possuir uma definição para delimitar suas principais características. Aduz, a propósito da análise do art. 432-15, do CP, que a transmissão de contratos públicos ou delegações de serviços públicos pode ser a oportunidade para o inconveniente e indesejado enriquecimento com as prestações e materiais comprados pela administração e que, no direito do comando público (administração), o delito de desvio ou subtração de fundos públicos está raramente isolado, combinando-se frequentemente com a corrupção, o falso e o abuso de bens sociais. É punido com dez anos de prisão e multa de um milhão de francos. A tentativa, ademais, é equiparada à consumação.

¹³¹ Idem, p. 64.

A obra de Nicolas Charrel¹³² destaca ainda o delito de “*pantouflage*” (art. 432-13, do CP), que constitui, na realidade, um componente da tomada (patrocínio) ilegal de interesse aplicada unicamente aos antigos funcionários públicos, visando coibir vantagens no emprego posterior e moralizar a passagem do setor público para o privado. Analisa, ademais, o delito de participação pessoal em acordo ou entendimento, com vistas às duas proibições introduzidas pelas ordenações de dezembro de 1986 referentes à liberdade de preços e de concorrência: o abuso de posição dominante e as práticas anticoncorrenciais. Além das razões práticas de sua importância para os negócios da administração, o autor expõe as jurídicas, a partir da decisão do Conselho de Estado de 1997, atinentes à apreciação, em relação àquelas ordenações, da validade dos atos administrativos e decisões de atribuição de contratos e, sobretudo, delegações de serviços públicos. Portanto, além de sofrer as sanções do Conselho de Concorrência, aquele que participa de ajuste ilegal, nestes termos, é punido com quatro anos de prisão e multa de quinhentos mil francos (art. 420-6 do Código de Comércio).

Destacam-se, outrossim, os delitos de falso e uso, que não são específicos ao direito da administração pública, mas frequentemente destinados a favorecer ou camuflar fatos delituosos, no seu âmbito, como favoritismo e corrupção (art. 441-1, 441-4, 441-7, do CP). É prevista pena de dez anos de prisão e multa de um milhão de francos para o falso em escrituração ordenado por autoridade pública. O abuso de bens sociais, regulado por textos específicos sobre sociedades, mormente a gerência contrária aos interesses da empresa, da sociedade e aos fins sociais ou favorável a outra empresa, é punido com cinco anos de prisão e multa de 2.500.000 francos. O art. 313-1, do CP, por sua vez, prevê a “*escroquerie*” (extorsão ou trapaça) e comina aquelas mesmas penas ao uso de falso nome ou qualidade ou o abuso do verdadeiro em expedientes fraudulentos para enganar pessoa jurídica e determinar em seu prejuízo ou de terceiro a remessa de fundos, bens ou valores, o fornecimento de um serviço ou o consentimento com uma operação, obrigação ou cumprimento.

Por fim, merecem registro a concussão do art. 432-10, do CP, cuja tentativa acarreta punição idêntica à da consumação; o abuso de confiança (art. 314-1, do CP) que pode ocorrer no seio da administração pública, geralmente em razão do liame contratual, mediante malversações cometidas na execução de negócio ou delegação de serviço público, como a falta de restituição de mercadorias fornecidas pela administração

¹³² Idem, p. 64.

para um contrato ou desvio de seu uso; e o “recol” do art. 321-1 e 2, do CP, consistente em dissimular, deter ou transmitir coisa, sabendo que provém de um crime ou delito. Quando qualificada pela habitualidade, pela facilidade de atividade profissional ou cometida em bando organizado, é penalizada com dez anos de prisão e cinco milhões de francos¹³³.

Como se percebe, embora sem leis esparsas e tipos específicos para as licitações, a responsabilidade penal do Direito Francês, na seara dos negócios da Administração, é mais abrangente e as sanções para as infrações cometidas na formação e execução de contratos públicos, em linhas gerais, são mais severas do que as do nosso ordenamento, principalmente sob o aspecto econômico para o infrator, além de condizentes com a relevância dos bens jurídicos tutelados e com os princípios de comportamento impostos ao administrador público.

5.2 Direito italiano

Na Itália, o Código Penal de 1930 e a legislação complementar¹³⁴ não contemplam figuras típicas adstritas aos ataques contra a exigência e a regularidade das licitações. Vislumbra-se, na verdade, movimento em sentido contrário à progressiva criminalização, mormente de condutas de incidência mais recente e daquelas oriundas das mudanças do modelo de atuação do Estado na sociedade. Sob a rubrica *Depenalizzazione*, encontram-se a Lei de transformação de crimes menores em ilícitos administrativos (*Legge 28 de dicembre n. 561*); a Lei de delegação ao governo da despenalização de crimes menores e modificação do sistema penal e tributário (*Legge 25 giugno 1999, n. 205*); Decreto de despenalização de crimes menores e reforma do sistema sancionatório (*Decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, no sentido do art. 1, da Lei n. 205, de junho de 1999*).

Em contrapartida, a extensão de princípios, como da anterioridade, e de garantias à aplicação de sanções administrativas, detectada, por exemplo, na Lei de modificação do sistema penal (*Legge 24 novembre 1981, n. 689*), facilitam esta transferência de infrações do Direito Penal para o Direito Administrativo, aduzindo a este um perfil mais sancionador. Assim, algumas das condutas reputadas prejudiciais às

¹³³ Idem, p. 77-81.

¹³⁴ CODICI GIUFFRÈ. *Códice Penale e leggi complementari*. 15. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

licitações e tratadas como crimes específicos pelo nosso legislador penal subsumir-se-iam, eventualmente, a tipos administrativos ou penais mais genéricos do Código Penal italiano, como, por exemplo, a violação de sigilo (art. 349), inadimplemento de contrato de fornecimento público (art. 355) e fraude no fornecimento público (art. 356).

5.3 Direito alemão

No mesmo sentido, no Código Penal alemão de 1871, com redação de 1969¹³⁵, não havia tipos penais criados precisamente para comportamentos contrários à licitação. Subsumir-se-iam às infrações gerais e clássicas, comumente praticadas contra a Administração, como a corrupção passiva simples do art. 331, daquele diploma, com pena cominada de 6 meses ou multa, por visar ato lícito, e a grave do art. 332, com pena de 1 a 5 anos de prisão, pois destinada a ato lesivo ou com violação de dever de ofício; como a corrupção ativa do art. 333, com pena de 5 anos ou multa, restrita a ato lesivo; como a violação de sigilo do art. 136, que contemplaria o das propostas; a falsificação de documento do art. 267 ou de apresentação técnica do art. 268; a supressão de documento do art. 274; a violação de sigilo epistolar do art. 299 e profissional do art. 300, com pena de 5 anos, se presente o fim de obter vantagem; a elaboração de documento falso no exercício de função pública do art. 348, com reprimenda de 1 a 5 anos de prisão, incluindo a falsificação, extravio, destruição e danificação (parágrafo segundo) e assento falso em registro público ou certidão falsa sobre fato juridicamente significativo (parágrafo primeiro), que poderiam, em tese, ser praticados em cadastros de licitantes; a violação de segredo funcional do art. 353-B, com pena privativa de liberdade de 1 a 5 anos, se presente perigo ao interesse público, e outros.

Como se percebe, a maior parte destes dispositivos contemplava condutas que foram tipificadas pela lei pátria especial na forma, respectivamente, de favorecimento em licitação, mediante obtenção de vantagem; de fraudes à licitação; de perturbação de ato licitatório, como destruição de documento; de violação do sigilo de proposta e de intervenções indevidas em cadastro de licitantes.

No entanto, o aludido Código alemão, com a reforma de 31 de janeiro de 1998, previu o crime de oferta em licitação, com base em acordo ilegal, cominando pena

¹³⁵ *Código Penal alemão e direito comparado*. Trad. por Lauro de Almeida. São Paulo: Editor Jurídico José Bushatsky Ltda. Editora da USP, 1974.

de até cinco anos de prisão ou multa (art. 298) e de corrupção, mediante exigência, permissão de promessa ou aceitação, para obtenção desleal de aquisição de mercadorias ou serviços (art. 299), com pena de 3 anos de prisão ou multa, além das infrações mais gerais, que podem ser praticadas nos procedimentos licitatórios, como aceitação de vantagem por funcionário (art. 331), corrupção (art. 332), violação de segredo de serviço (art. 353b) e subvenção ilegal (art. 266). Aquele que impede o organizador de aceitar a proposta na licitação, no entanto, conta com isenção de pena (art. 298, “3”).

O ordenamento da Alemanha, em suma, tratou dos ataques mais sensíveis à regularidade de atos administrativos, incluindo os que compõem o procedimento licitatório, sem abandonar a diretriz da codificação. O conceito de função pública para os alemães também é abrangente, contemplando aquelas atividades desenvolvidas na Administração Direta e Indireta, temporariamente ou não, sob juramento ou não, inclusive por notários, excetuados os advogados. A parte geral do Código, a partir de outubro de 1973, estabeleceu, ademais, a perda de capacidade funcional e não apenas da função pública como pena acessória, não condicionada a determinado período de privação de liberdade, sem prejuízo da perda por cinco anos, como efeito da condenação no cumprimento de pena a partir de 1 ano.

5.4 Direito português

O Código Penal de Portugal de 1852¹³⁶ já estabelecia o delito específico de perturbação de quaisquer arrematações, inclusive judiciais e concursos regidos pelo direito público, consistente em conseguir que alguém não lance ou não concorra ou de alguma forma se prejudique a liberdade dos respectivos atos, mediante emprego de dádivas, promessas, violências ou ameaças graves, com intenção de impedir ou prejudicar os resultados da arrematação. O dispositivo luso cominava pena de prisão de até dois anos ou multa, sem prejuízo da mais grave que coubesse para a violência ou ameaça.

O Código Penal de 1982 manteve a mesma infração no art. 230, além de tipos mais abrangentes, como a infidelidade (art. 224), a burla (art. 217), os crimes contra o setor público, mormente a administração danosa, com até 5 anos de prisão (art. 235) e a apropriação ilegítima (art. 234), as falsificações, a corrupção passiva para ato ilícito (art.

¹³⁶ GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal português anotado e comentado e legislação complementar*. Coimbra: Almeida, 1986, passim.

372) ou lícito (art. 373), a corrupção ativa (art. 374) e a violação de segredo (art. 383), os quais também poderiam ser praticados nos âmbitos das licitações. O Decreto-lei 371/83, estabeleceu ainda no art. 1º, letra “b”, a corrupção do funcionário que participa de processo ou decisão que implique adjudicação ou celebração de contratos e em geral o reconhecimento de direitos e exclusão ou extinção de obrigações com violação da lei. O art. 386, do Código Penal, outrossim, adotou conceito legal amplo de funcionário e a Lei n. 34/87 estabeleceu crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

No tráfico de influência (art. 335), o legislador criminalizou, expressamente, a obtenção de vantagem ou promessa para conseguir de entidade pública, mediante abuso de influência, decisão ilegal sobre encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções ou outros benefícios. Na participação econômica em negócio (art. 377), estipulou-se punição de até 5 anos de prisão ao funcionário que, com intenção de obtê-la para si ou para terceiro, lesa em negócio jurídico os interesses patrimoniais, que, no todo ou em parte, cumpre-lhe administrar, fiscalizar, defender ou realizar, em razão da função.

A perturbação de arrematações, de qualquer modo, é o delito de maior incidência e especificidade, na seara das licitações. A alusão a concursos de Direito Público e não de provimento de cargo público conduz à exegese de que não se restringe ao conceito de arrematação como ato de aquisição de bem em leilão. Assim, a norma encerra diversos atos contrários às concorrências, em sentido amplo, tendo em vista o significado peculiar que o sistema atribui à expressão arrematação. M. Maia Gonçalves¹³⁷ esclarece que a história do preceito e sua colocação entre os crimes contra os direitos patrimoniais não condizem com a inclusão dos concursos que não tenham subjacente um interesse patrimonial. Observa ainda que a fórmula “de alguma forma se prejudique a liberdade”, embora ampla e vaga, é restringida pela exigência de dolo específico e pela elasticidade da reprimenda, que permite levar em conta a gravidade do prejuízo.

Tais ponderações corroboram a conclusão de que as normas do Código Penal podem alcançar, efetivamente, variegadas investidas contra as diferentes espécies de licitações, prescindindo de inúmeros tipos em lei esparsa, em detrimento da codificação. Evidenciam, ademais, que o elemento subjetivo específico relacionado à lesividade auxilia na observância da taxatividade, da intervenção mínima e proporcionalidade da resposta penal. O objetivo escuso é aquele que justifica a reprimenda privativa de liberdade, não

¹³⁷ Idem, p. 490.

equiparada, aliás, à gravidade da sanção destinada às infrações não qualificadas por tal fim. Além disso, a abalizada opinião doutrinária sobre a dimensão patrimonial destes delitos coaduna-se com o entendimento de que a proteção da propriedade, em nível constitucional, como no sistema brasileiro, legitima e comanda a repressão penal dos ataques dolosos ao patrimônio, inclusive público, sem prejuízo da imposição pela Lei Maior de princípios para o desenvolvimento da atividade administrativa.

Como se percebe, os tipos penais citados revelam que há uma proteção abrangente e uniforme do interesse público, contemplando aquele consubstanciado na adoção e na regularidade das licitações. A combinação dos modelos clássicos de crimes (advocacia administrativa, corrupção, falsidades etc.) com apenas algumas normas específicas, no próprio Código Penal, para aspectos relevantes e peculiares do instituto, dispensaria, a exemplo da opção portuguesa e espanhola, a elaboração de uma parte penal em lei própria para licitações, casuística e extensa, cujo simbolismo sobrepujaria a real utilidade.

5.5 Direito argentino

O Código Penal Argentino não estabeleceu crimes específicos contra as licitações, limitando-se a tipificar diversos atos, em geral, que podem ser praticados por servidores e particulares também naquele âmbito, em detrimento das finalidades do instituto, como, por exemplo, a violação de deveres dos funcionários públicos (art. 248), suborno e tráfico de influências (art. 256, 256-bis e 258), negociações incompatíveis com o exercício de funções públicas (art. 265), exações ilegais (art. 266), falsificação de documentos (art. 293) e as fraudes ao comércio e à indústria (art. 300, § 1º). Nestas categorias, poderiam ser enquadradas as frustrações de competitividade mais comuns, como fraudes e ajustes entre potenciais fornecedores para majoração do preço, na medida em que não há ressalva no último preceito, por exemplo, da condição do destinatário, podendo integrar, então, a Administração Direta ou Indireta. As falsidades, por sua vez, poderiam encerrar as alterações ilegais de eventuais cadastros ou dados de licitantes e assim por diante.

5.6 Direito espanhol

No Código Penal espanhol (*Ley orgânica 10/1995 de 23 de noviembre*), há tipo mais específico para tratar das licitações e concursos, açambarcando mais de uma conduta no art. 262. 1: Os que solicitarem dádivas ou promessas para tomar parte em um concurso ou venda pública (licitação), os que tentarem afastar do certame os licitadores por meio de ameaças, dádivas, promessas ou qualquer outro artifício, os que combinarem entre si com o fim de alterar o preço da arrematação, os que fraudulentamente quebrarem ou abandonarem a licitação tendo obtido a adjudicação, serão punidos com a pena de prisão de um a três anos e multa de doze a vinte e quatro meses, bem como a inabilitação especial para licitar em vendas judiciais entre três e cinco anos. Se se tratar de concurso ou venda convocados pelas administrações ou entes públicos, será imposta inabilitação especial ao agente e pessoa ou empresa que ela representa compreendendo o direito de contratar com as administrações públicas por três a cinco anos¹³⁸.

Como se percebe, desde que compreendidas as licitações nestes procedimentos, o ajuste e as fraudes no seu curso, a exclusão de licitante e o abandono doloso, após a adjudicação, ensejariam sanção penal. Outras condutas menos graves e lesivas, embora prejudiciais a alguns aspectos do certame ou meramente reprováveis sob o prisma ético, não estão tipificadas, diferentemente do que ocorre no nosso ordenamento. Apenas as principais condutas aptas à frustração direta das finalidades das licitações constituiriam crimes no Código espanhol, que se mostraria, então, exemplar para delimitação da intervenção penal, nesta matéria, em um modelo de garantias individuais, pautado pela condição de *ultima ratio* do Direito Penal e pelos benefícios da codificação. Até mesmo a falta de um tipo penal específico para as hipóteses de dispensa indevida de licitação é suprida, eventualmente, pela aplicação dos preceitos atinentes às próprias fraudes e às infrações cometidas contra a Administração Pública, mormente a prevaricação.

¹³⁸ “Art. 261.1. los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por médio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier outro artifício; los que se concertaren entre si con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a três años y multa de doce a veinticuatro meses, así como inhabilitación especial para licitar em subastas judiciales entre três y cinco años. Si se tratara de um concurso o subasta convocados por lãs Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, em todo caso, el derecho a contratar con las Adminstraciones públicas por un período de tres a cinco años.”

5.7 Notas distintivas da legislação brasileira

Como se viu, os sistemas penais de importante referência, sobretudo em razão da origem romano-germânica, não cuidam de condutas mais periféricas à exposição a risco do bem jurídico tutelado, em diploma autônomo, extenso e específico, e em detrimento do princípio da codificação. Não descrevem todos os atos e omissões possíveis e imagináveis, naquele âmbito. Não tratam, ademais, de comportamentos que já configurariam outros crimes ou tentativa, como nosso ordenamento faz, em sede de licitações, com as figuras correspondentes à advocacia administrativa, alteração de cadastro, admissão de inidôneo, perturbação do certame, violação de sigilo e outras ilegalidades na prática de atos administrativos. Destoando ainda da orientação seguida por nossa Lei de licitações, a maior parte dos ordenamentos estrangeiros, em regra, não equipara tentativa à consumação no corpo de alguns artigos para fins de pena e não se ocupa de atos simplesmente preparatórios e formais. Não emprega grande número de normas penais em branco e tipos de perigo abstrato.

Em suma, não segue, cegamente, ao menos neste ramo, as tendências de um direito penal de emergência, de inflação legislativa, de ampliação da incidência das penas privativas de liberdade e de banalização do combate a supostas e incipientes fontes de perigo, mediante precoce e indiscriminada responsabilização penal, sob o pretexto de proteção eficiente do indivíduo em uma sociedade de risco. Na seara das licitações, a propósito, não há que se falar sequer no desconhecimento das consequências das condutas tratadas pelo legislador, como ocorre na clonagem e outras atividades perigosas à biossegurança e nos métodos surpreendentes do terrorismo.

Não se justificam, pois, a prevenção extrema, a exacerbada antecipação da intervenção penal e a tipificação de quaisquer atos que perturbem a regularidade formal do procedimento administrativo, com excesso de rigor e de precaução, em etapas distantes do resultado, por acarretar restrição à esfera de liberdade do indivíduo perante a pretensão punitiva estatal. O processo de despenalização e criminalização, inevitável em virtude das profundas e constantes mudanças na sociedade, deve se nortear por critérios lógicos, principiológicos e científicos, preservando alto grau de coerência, a despeito de inexoráveis injunções ideológicas, casuísmos e clamor público.

Infrações que, em virtude das alterações sensíveis nas condições de vida e nas relações do ser humano, não justificam mais a cominação de pena privativa de liberdade e o rigor da intervenção penal, sobretudo quando foram estipuladas há muitas

décadas por convicções morais, dogmas ou mesmo para tutela de bens jurídicos de menor relevância social, podem ser tratadas apenas na seara administrativa ou em outros ramos do Direito. A modificação de valores, não obstante lenta, deve repercutir sobre as normas, segundo a concepção tridimensional do Direito (fato, valor e norma).

É importante esta compreensão dinâmica do Direito Penal, desde que assegurado o respeito às garantias fundamentais historicamente conquistadas pelo homem, mas convém rechaçar um Direito Simbólico ou de Emergência. Preconiza-se um movimento de mão dupla. A despenalização de condutas que melhor seriam tratadas por outros ramos do Direito e que não justificariam, em determinado contexto histórico, a preservação da cominação de penas privativas de liberdade e de outras medidas severas, deveria conviver com a criminalização de ações e omissões que passaram a oferecer sério risco a bens de extrema relevância atual para a sociedade, alguns sequer propalados no pretérito, como a biossegurança, meio ambiente e os direitos humanos sobrepujados pelo terrorismo. Não havendo outros meios eficazes para sua proteção, justificar-se-ia esta pontual e excepcional ampliação da intervenção penal, sobretudo para resguardar, em instância final, a dignidade da pessoa humana, a qual pode ser considerada o fundamento último do ordenamento jurídico ou, segundo alguns pensadores, a norma hipotética fundamental.

Neste diapasão, ainda que em outros países o descumprimento das normas que regem a contratação pelo Estado e outras relações com os particulares não tenha adquirido tamanha dimensão, gravidade e repercussão para o interesse público, de sorte a levar o constituinte a estabelecer mandado de criminalização ou o legislador ordinário a tratar a matéria, de maneira específica, na órbita penal, é certo que nossa Carta Magna revelou assaz preocupação com a tutela do respectivo bem jurídico e a Lei 8666/93 estipulou vários delitos, sobretudo por razões de política criminal. Não há como ignorar a alta incidência de tal espécie de criminalidade na história recente do Brasil e as causas da opção do nosso legislador, a qual, ademais, não seria ilegítima e incompatível com o propugnado processo de despenalização e criminalização simultâneas, desde que fosse bem implementada. Vale dizer, deve ser compreendida em um movimento de adequação do sistema penal aos princípios constitucionais, mormente aos da intervenção mínima e da proporcionalidade, bem como à proibição de insuficiência e às diretrizes de política criminal, segundo uma concepção funcionalista do Direito Penal, não refratária à dimensão positiva do modelo de garantias.

Enfim, sua efetivação deve ser permeada por estes mesmos princípios, a fim de viabilizar, realmente, a proteção do bem jurídico e, por conseguinte, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sem a pretensão de criar mera e ilusória sensação de que o sistema jurídico é completo, moderno, dotado de especificidade, infalível por cuidar de todas ofensas possíveis ao interesse a preservar, eficiente no combate a qualquer perturbação e extremamente protetor. Vale dizer, não importam o número de crimes específicos contra as licitações, a especialidade e a extensão da redação, mas a previsão dos tipos estritamente necessários, relevantes e úteis para responder e coibir lesão ou séria ameaça ao bem jurídico, regularmente introduzidos no Código Penal, com sanções proporcionais entre si e em relação aos demais delitos do nosso ordenamento.

Os recursos dogmáticos tradicionais seriam suficientes, como a redação clara e objetiva, mas abrangente e completa, sem ser exemplificativa, sem conter remissões frequentes e despididas a normas complementadoras, mormente inferiores e de instância heterogênea, e sem trazer conceitos excessivamente abertos, equiparação da tentativa à consumação, presunções absolutas e infrações de perigo abstrato. Assim, seria viável a satisfação do núcleo de direitos fundamentais dos indivíduos e, simultaneamente, dos interesses comuns aos seres humanos, afetados, substancialmente, pelas novas formas de criminalidade, inclusive nos negócios do Estado, cujas consequências nefastas são amplamente disseminadas e adquirem especial gravidade.

Ainda que se entenda que o legislador penal não está adstrito a tratar das matérias que lhe impôs expressamente a Constituição, como preconizam alguns estudiosos, impõe-se a observância do princípio da intervenção mínima e da vinculação à proteção de bem jurídico. Não obstante as diretrizes do funcionalismo mínimo fossem recomendáveis, poder-se-ia, ao menos, atribuir maior importância e utilidade a outros ramos do Direito, sobretudo nas fronteiras com o Direito Penal, como o Direito Administrativo Sancionador. De qualquer modo, não haveria óbice à criminalização de condutas prejudiciais à obrigatoriedade e à regularidade das licitações, ainda que se reputasse ausente mandado implícito de criminalização, na nossa Carta Magna, desde que seguidos os princípios do moderno Direito Penal.

6 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E GERAIS DA INTERVENÇÃO PENAL NAS LICITAÇÕES

6.1 Os mandados de criminalização e a licitação na Constituição

Concluída a explanação sobre proteção de bem jurídico, para melhor compreensão da necessidade e limites da intervenção penal, na matéria sob análise, resta identificar o respectivo bem a tutelar, sob um prisma constitucional, e a aptidão dos preceitos da atual Lei de Licitações para tanto.

A Lei 8666/93 concretizou determinação do art. 37, XXI, e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O legislador obedeceu a um mandato de criminalização implícito, não obstante a opinião majoritária de que se tratou de opção legislativa, como a de Adel El Tasse¹³⁹, por exemplo. A Carga Magna conferiu relevância peculiar à tutela do patrimônio, mormente do público, e aos princípios que regem a Administração Pública, como a moralidade administrativa, a isonomia, a impessoalidade, a legalidade, a probidade e a publicidade, com repercussão favorável à proteção do erário. A Lei Maior, além disso, ao assegurar o direito de propriedade, exigiu a tutela penal do patrimônio, sem distinguir o público do privado, açambarcando ambos.

Todavia, segundo Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino¹⁴⁰, a Lei 8666/93 excedeu-se na ampliação do número de regras e, paradoxalmente, transformou-as em normas gerais de licitações e contratos administrativos, em detrimento das particularidades locais, extraindo competência do disposto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, embora sua ementa anuncie a função regulamentadora do art. 37, XXI, da Lei Maior. Relembre-se que aquele preceito constitucional conferiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública. O diploma em estudo, não obstante tal suporte constitucional específico tratou também, segundo ambos os autores, de outros

¹³⁹ TASSE, Adel El. Licitações e contratos administrativos. In: GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências Criminais. v. 6.), p. 671.

¹⁴⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43.

temas, como convênios e uso de bens públicos, e acabou por desestimular a atividade de licitar, com a complexidade de suas regras e extenso rol de delitos.

De qualquer modo, ao eleger os meios valiosos e indispensáveis para alcançar aqueles objetivos, albergados, em última análise, pelo art. 5º, da CF, e dar concretude aos princípios administrativos, vinculando o legislador infraconstitucional e a Administração, o constituinte impôs a licitação, cuja inobservância ou frustração deveria ser coibida e reprovada, severamente. Ao lhe conferir, então, particular relevância, reconheceu, embora não expressamente, a insuficiência de outros ramos do Direito para garantir sua adoção e regularidade, reclamando do Direito Penal a intervenção para as finalidades perseguidas e bens jurídicos eleitos pela ordem constitucional.

Em suma, o sistema jurídico pátrio, ao contemplar em nível hierárquico superior a necessidade e a função determinante da licitação na efetivação do interesse público e de princípios caros da Lei Maior, contemplou a criação de tipos penais essenciais no tratamento completo e adequado da matéria. A propósito, não se deve olvidar também da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo decreto n. 4410/02. Enfim, o legislador não poderia se furtar à intervenção penal, mas mínima, nesta seara, tão propícia aos malfeitos com recursos públicos, em detrimento da satisfação de direitos básicos dos cidadãos, e frequentemente usada por servidores e particulares para enriquecimento ilícito. Flávio Sátiro Fernandes¹⁴¹ enfatiza que a exigência de licitação não se assenta apenas sobre o interesse econômico e da Administração, mas sobre valores éticos.

Destarte, o art. 1º, da Lei 8666/93, observando o comando constitucional, estabeleceu a obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública Direta, para os fundos especiais (reservas vinculadas de numerário, mas sem capacidade jurídica, motivo pelo qual a expressão “fundações governamentais” teria seguido a melhor técnica), para autarquias (pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade exclusivamente administrativa), para fundações públicas (patrimônios personalizados e afetados a um fim, sob regime público), para empresas públicas (sociedades mercantis, industriais ou prestadoras de serviços constituídas pelos entes federativos, mediante autorização legal e sob a égide do Direito Privado, com capital exclusiva ou predominantemente da Administração Pública, destinadas a realizar interesses públicos), para sociedades de economia mista (entidades mercantis, industriais ou prestadoras de

¹⁴¹ FERNANDES, Flávio Sátiro. Dos crimes licitatórios. *Revista Jurídica*, n. 203, ano XLII, set. 1994, p. 39.

serviços constituídas pelos entes federativos, mediante autorização legal e sob a égide do Direito Privado, com capital particular e da Administração Pública, destinadas a realizar interesses públicos) e para entidades controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, diretamente (quando detentores da maioria do capital social com direito a voto, nos termos do art. 165, § 5º, II, da CF) ou indiretamente (através de entidades criadas pelas empresas governamentais e submetidas ao seu controle direto, como as subsidiárias). Em contrapartida, o referido diploma legal enumerou expressamente as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Eduardo Saad Diniz¹⁴² salienta que o problema da conceituação da Administração Pública apenas tangenciou a evolução do modelo de Estado e que a capacidade de programação de suas atividades manteve-se alheia aos encaminhamentos de ordem político-legislativa. Suas estratégias não foram reduzidas em esquemas normativos e, inclusive, para atribuição de responsabilidades. Em uma sociedade industrializada, as demandas regulatórias se intensificam entre força do Estado e controle da sociedade civil. A ideia de viabilizar a probidade administrativa, carecendo de elementos estruturais, passou a conviver com a de eficiência. O autor relembra, outrossim, que a corrupção alimenta o tráfico internacional, não interessando apenas ao Estado-vítima. Aduz que as parcerias público-privadas reproduzem a lógica perversa da privatização dos lucros e socialização dos riscos e que a revisão do conceito de Administração Pública deve contemplar este acoplamento estrutural dos interesses de natureza privada. Conclui que a regulação dos sistemas jurídicos busca, então, novos critérios para preservar as funções de controle social, mormente alternativas dogmáticas comuns na tutela de interesses supraindividuais, como delitos de perigo abstrato, normas penais em branco, expansão do Direito Penal, Direito de Intervenção, Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal do inimigo.

Ainda no que concerne à repercussão da introdução da Lei de Licitações no ordenamento vigente, José Cretella Junior¹⁴³ salienta que a definição da natureza da pessoa jurídica interessada no serviço ou na mercadoria, como Febem, Banco do Brasil, Emurb, Bndes, Caixa Econômica, é imprescindível, ainda que algum particular também tenha sido prejudicado, para se concluir pela obrigatoriedade e pela regularidade da licitação. Se o sujeito passivo não pertence à Administração Pública, não incidem os

¹⁴² Op. cit., p. 50.

¹⁴³ *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 410.

preceitos incriminadores da Lei de Licitações, restando eventual subsunção a algum tipo do Código Penal. No mesmo diapasão, o conceito de funcionário público para fins penais é específico. Somente o partícipe que tinha ciência desta condição responde em concurso pelo crime funcional. Merece registro, a propósito, classificação de parte da doutrina das infrações em ilícito penal, cometido pelo cidadão, e ilícito administrativo puro e penal administrativo, ambos praticados pelo servidor.

Hely Lopes Meirelles¹⁴⁴ critica a seção III, da Lei de Licitações, por apresentar tipos anormais, conjugando dispositivos de natureza penal e administrativa e conceitos extrapenais. Observa que trouxe conceito próprio de funcionário público, com acréscimo da pena em um terço, se ele exercia função ou cargo de confiança. André Guilherme Tavares de Freias pondera que não se adota a equiparação do § 1º, do art. 327, do CP, com a redação da Lei 9983/00, com aqueles que trabalham para prestadora de serviço contratada ou conveniada em atividade típica da Administração Pública, porque aquela não estaria sujeita a procedimento licitatório. A causa de aumento da lei especial, outrossim, tem maior amplitude, pois encerra também funções de confiança que não são necessariamente de direção e assessoramento, como exige o § 2º, do art. 327, do CP.

João Marcelo de Araujo Jr.¹⁴⁵ considera dispensável, na verdade, o art. 84, da Lei de Licitações, diante do disposto no art. 327, do CP, entendendo que o legislador, aparentemente, pretendeu ampliar o conceito de funcionário público, mas se limitou a acolher a dimensão que a doutrina e a jurisprudência já lhe conferia, inclusive com a equiparação do empregado de sociedade de economia mista. Acabou, ainda, por criar confusão conceitual, ao empregar a expressão servidor público. Por outro lado, em sua opinião, a discussão sobre a integração da Administração Direta por autarquias restou prejudicada para fins de aplicação do dispositivo, por estarem ao alcance da inclusão legal das “demais entidades sob controle direto ou indireto do Poder Público”.

Marçal Justen Filho¹⁴⁶ observa que, nos termos do art. 84, da Lei 8666/93, o diploma abarca condutas de servidores, segundo o conceito amplo de agente estatal, ou seja, aquele que exerce cargo, função ou emprego público, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Prescinde-se do vínculo formal e prestigia-se o interesse público, também presente nas atividades da Administração Indireta, excetuadas

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 187.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 174.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 809.

assim as simples organizações sociais não governamentais. Se fictícias, contudo, pois instituídas pelo governo ou abastecidas por recursos públicos, podem ter crimes praticados no seu âmbito. O legislador preocupou-se ainda com condutas de particulares e aquelas praticadas nas entidades privadas, em detrimento das licitações. O autor compreende, de outro giro, que grande parte das condutas reprováveis no curso da licitação ou contratação poderia ser reconduzida a tipos do Código Penal, além do que algumas modalidades de crimes contra a ordem econômica ocorreriam naquele âmbito, como a eliminação de concorrência mediante ajuste.

Vicente Greco Filho¹⁴⁷ ensina que o art. 84, da Lei 8666/93, redefiniu o conceito de servidor, incorporando a terminologia administrativa moderna e a abrangência dada pela jurisprudência e pela doutrina. Seria, então, não apenas aquele que exerce, mesmo que transitoriamente e sem remuneração, cargo, função ou emprego público, mas também a atividade em fundação, empresa pública, sociedade de economia mista e entidades sob controle direto ou indireto do Poder Público. Como a redação dada pela Lei 9983/2000 ao art. 327, do CP, incluiu aqueles que trabalham em prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública, surgiram dúvidas sobre a extensão do conceito de funcionário ou servidor público.

Com toda razão, o autor vislumbra no art. 1º, da Lei 8666/93 a solução, sustentando que, se a entidade incumbida da atividade está sujeita às regras das licitações, ou seja, sob controle direto ou indireto dos entes federativos, seu agente gozará daquela condição legal. Na falta desta, eventualmente poderá cometer infração do Código Penal. Pode-se aduzir que até mesmo de outra lei esparsa, mas não crime especial da Lei de Licitações que reclame tal qualidade do sujeito ativo. Outrossim, não surtirá o efeito automático do art. 83, da Lei, independente da quantidade de pena e da motivação exigidos pelo art. 92, do CP. O professor invocado explica, a propósito, que os efeitos são de ordem administrativa (perda do cargo ou função) e política (perda do mandato eletivo), mas todos ocupados à época da condenação.

6.2 Deficiências no cumprimento do comando constitucional

A Lei em estudo estabeleceu variegados tipos penais para assegurar que as pessoas jurídicas que compõe a Administração, por seus prepostos, realizariam e

¹⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 25-27.

zelariam pela regularidade das licitações e respectivos contratos, obstando também a interferência perniciosa de particulares. João Marcelo de Araujo Jr. observa que, diferentemente do Código Penal, a Lei de Licitações está dividida apenas em capítulos e seções, sem ementas nos artigos. Com efeito, assim como o *nomen iuris*, as epígrafes também auxiliariam a identificação dos bens e interesses protegidos. Não causa estranheza, neste contexto, que surgisse controvérsia doutrinária acerca do objeto de tutela de cada tipo. É neste sentido que Diógenes Gasparini considera bem jurídico, por exemplo, no art. 89, da Lei 8666/93 (dispensa ou inexigibilidade de licitação), a moralidade administrativa; no art. 94 (quebra de sigilo de proposta), a regularidade da licitação; no art. 96 (fraudes), o patrimônio público. Todos remetem, em última instância, à supremacia do interesse público.

Entretanto, os bens jurídicos penais, em matéria de licitações, de acordo com a Lei Maior, restringem-se à moralidade administrativa, à isonomia e ao erário público. Somente as condutas que os comprometam exigem a tipificação. A conjugação entre os princípios de Direito Administrativo insculpidos na Constituição, a natureza, fundamentos e finalidades específicas do procedimento licitatório permite concluir que, assegurando-se a moralidade e isonomia no procedimento, além do erário público, o instituto da licitação terá aplicação efetiva e proteção integral.

Neste diapasão, é possível afirmar que os bens tutelados não são exclusivamente individuais. Aqueles princípios interessam a toda coletividade. Além da Administração e do licitante em condições de vencer, para os demais interessados em participar do certame e para os cidadãos, mormente porque destinatários finais da atividade administrativa, é essencial que a escolha do contratado se pautе pela moralidade, pelo tratamento isonômico e pelo resultado mais favorável ao patrimônio e ao interesse público.

João Marcelo de Araujo Jr., contudo, ao negar que os crimes da Lei sejam contra a ordem econômica, argumenta que prepondera, no injusto típico, o interesse da Administração. Reconhece, implicitamente, assim, que há outros interesses não prevaletentes sob tutela, nesta seara, ainda que lhe assista razão na rejeição da repercussão efetiva na ordem econômica. Ricardo Antonio Andreucci¹⁴⁸ considera os interesses da administração como bem jurídico. Todavia, tal definição é vaga e assaz ampla. Nem todo interesse administrativo é visado pela disciplina das licitações e muito menos por sua

¹⁴⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 484.

vertente penal. Outros autores mencionam a regularidade do procedimento, a imparcialidade, a preservação dos registros e cadastros, a competitividade e a livre iniciativa.

Embora todos estes fatores sejam relevantes para o corpo social, não foram estabelecidas constitucionalmente, nesta seara, como valores nucleares e diretamente dependentes de tutela penal. O que se busca com o procedimento licitatório e sua proteção penal é assegurar, em última instância, a moralidade na Administração, o patrimônio público, mediante contratações vantajosas, e a igualdade entre os particulares para delas participarem. Estes valores, realmente, são os que gozam de *status* constitucional e devem nortear a intervenção penal. As condutas que os lesam ou ameaçam, efetivamente, devem e podem ser tipificadas, à luz dos princípios da intervenção mínima e da lesividade ou ofensividade. Em contrapartida, aquelas que apenas atentam contra a regularidade do procedimento e de cadastros, contra interesses secundários ou fatores meramente instrumentais para aqueles objetivos não reclamam e não legitimam a criminalização, sob um enfoque constitucional e funcionalista do Direito Penal.

Os desdobramentos pretensamente benéficos de uma tutela mais ampla e as condições propícias à sua efetivação não integram a meta central do legislador penal, segundo a missão que lhe foi conferida pela Constituição Federal. Podem ser sopesados na construção de todo arcabouço legislativo para otimização das funções do procedimento licitatório, mas não constituem propriamente a finalidade perseguida pela lei penal. Por conseguinte, identificados os bens jurídicos, em conformidade com a vontade do constituinte, e partindo da premissa de que a intervenção penal está condicionada à sua proteção, é possível avaliar quais tipificações lhe são úteis e necessárias, distinguindo-as das precipitadas, excessivas, despiciendas ou inadequadas, em prol do princípio da ofensividade e dos postulados da subsidiariedade e fragmentariedade. Assim, resiste-se às tentações e tendências de construção de um Direito Penal simbólico e de emergência, como tem sido comum na sociedade de risco.

Neste contexto, muitos dos tipos penais da Lei 8666/93 mostram-se prescindíveis para a tutela eficiente dos verdadeiros bens jurídicos, sob a ótica constitucional, ou maculados por imperfeições técnicas e pelo abuso de recursos dogmáticos impróprios ao modelo de Direito Penal orientado por garantias constitucionais. Por outro lado, aos ataques relevantes e graves contra aqueles valores

constitucionalmente priorizados são cominadas penas insuficientes e incompatíveis com a coerência do sistema, em detrimento do princípio da proporcionalidade.

Outras lesões ou ameaças sérias não estão contempladas pelas disposições penais da Lei, como as fraudes em contratações de obras e serviços públicos e expedientes arditos na execução de contratos. Como se não bastasse, o princípio da codificação não foi observado, com prejuízo inegável à harmonia e funcionalidade do sistema repressivo e preventivo, ao próprio conhecimento e persuasão dos destinatários. A proteção do bem jurídico, então, mostra-se deficiente, em diversos aspectos.

Os tipos abertos e de perigo abstrato, assim como as normas penais em branco, embora indesejados, são necessários e devem ser admitidos, mas excepcionalmente e para proteção de interesses supraindividuais extremamente relevantes, imposta pela Constituição, mediante mandado de criminalização. Desta forma, tentar-se-ia conciliar a aptidão restritiva daqueles expedientes dogmáticos, manejados como exceção, e a preservação de garantias fundamentais. Não seriam simplesmente fulminados os princípios da legalidade, sob aspectos taxatividade e anterioridade, os princípios da culpabilidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade.

O legislador pátrio, contudo, ao tratar da licitação, recorreu a tipos penais abertos, de perigo abstrato e normas penais em branco, mesmo quando havia mecanismos alternativos para a tutela penal. Ademais, ignorou instrumentos de outros ramos do Direito para obter a instauração, a regularidade e a lisura dos procedimentos licitatórios, na persecução do interesse público, como veremos a seguir.

Marçal Justen Filho pondera que os princípios da legalidade, da especificação, da proporcionalidade, da culpabilidade e do personalismo da sanção orientam também o regime jurídico das penalidades administrativas (advertência, multa, suspensão de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade). Menciona, a propósito, entendimento do STF de que o poder outorgado ao TCU pelo art. 46, da Lei 8443/92, não se confunde com o art. 87, da Lei de Licitações. No entanto, as garantias e formalidades processuais, na esfera administrativa, ainda assim, não gozam da mesma extensão e rigor do processo penal.

Deste modo, a proposta de um Direito Administrativo Sancionador que se ocupasse de várias das condutas atualmente tipificadas como crimes atenderia, de um lado, aos princípios da intervenção mínima e lesividade, em prol de garantias individuais,

e permitiria, de outro, resposta mais eficaz e célere, mediante instrumento mais simples e flexível, até mesmo por não redundar na restrição à liberdade do indivíduo. Poderia alcançar, ademais, as pessoas jurídicas, sem afrontar as objeções mais comuns e convincentes à responsabilidade penal dos entes coletivos.

De qualquer maneira, para superar este descompasso entre o espírito da Lei de Licitações e os princípios do Direito Penal é possível e apropriada, sobretudo para a criminalidade econômica menos grave, a aplicação mais ampla de sanções de cunho pecuniário e restritivas de direito, relegando-se a privação de liberdade para condutas de suma gravidade, que provoquem temor no meio social, sobretudo por sua violência, ou prejuízo assaz significativo aos interesses gerais e para reincidentes nas infrações mais importantes.

A incerteza ou negação da função de ressocialização ou de prevenção geral da pena privativa de liberdade, certamente corrobora tal conclusão. Prestigiadas as funções retributiva e de prevenção especial, a pena privativa de liberdade seria útil, naquelas hipóteses de visível perturbação da ordem pública. Para os demais ilícitos, a sanção administrativa, se significativa para os mais graves, seria suficiente e proporcional aos danos carreados a toda coletividade, satisfazendo o escopo de retribuição.

A aptidão ressocializadora que lhe falta, por outro lado, seria prescindível, nestes casos. Em regra, condutas não violentas ou desprovidas de relevante repercussão sobre o interesse público não são praticadas por dissociais, grupos à margem da sociedade ou pessoas dotadas de personalidade temível, cuja reintegração social almejar-se-ia. A par do questionamento infundável sobre tal eficácia da reprimenda criminal, mostrar-se-ia suficiente, neste ponto, a responsabilização civil e administrativa.

A opção legislativa, todavia, refletiu a tendência de inflação penal, nas últimas décadas, e revelou a vocação conservadora de parte da sociedade, inspirada na valorização da ideia de castigo. Apresentou-se contraproducente, quando as respostas do Direito não corresponderam à danosidade e ao grau de reprovabilidade de cada espécie de ilícito. Outrossim, inúmeras condutas praticadas no âmbito das licitações e contratos continuaram contempladas pelo Código Penal, como falsidade e concussão, em detrimento do princípio da codificação.

Importante, ademais, frisar que os crimes da lei especial não admitem a modalidade culposa e que, na sua maioria, reclamam dolo específico, segundo melhor

exegese. Os demais, por conseguinte, seriam despiciendos. Marçal Justen Filho¹⁴⁹, após relembrar o disposto no parágrafo único do art. 18, do Dec.-lei n. 2848/1940, assevera que a repressão penal deve voltar-se contra o escopo do agente de obter o resultado reprovável, não bastando o dano. Distingue o intuito de lesar a Administração do descumprimento de formalidade por culpa em sentido estrito, quando o indivíduo apenas se sujeitaria à responsabilização administrativa. Embora a doutrina majoritária contente-se com o dolo genérico e admita o eventual, aquele autor vislumbra a necessidade de busca do resultado incompatível com a disciplina das licitações e contratações públicas.

Ressalta, a propósito, outra característica da aludida intervenção penal, qual seja, a quantidade de normas penais em branco. Assim, pressupondo infração administrativa, a consumação dos crimes ainda reclamaria um elemento subjetivo específico. Menciona, neste sentido, julgado do STJ que exigiu a intenção de intervir em uma licitação pública (APN n. 226, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 08.10.2007). Propugna, mediante superação das concepções causalistas, a exigência de ação penalmente reprovável e a pressuposição de aspectos subjetivos, mesmo nos casos de mera descrição legislativa de comportamentos materiais externos. Marçal Justen Filho enfatiza, além disso, a farta utilização de elementos normativos pela lei, como “indevidamente” e “injustamente”, dada a peculiaridade das condutas, que não deveriam configurar crimes, quando nitidamente não extrapolassem o perfil de irregularidades.

Estas ponderações revelam a preocupação legítima dos estudiosos com a equiparação de infração administrativa e delito. Sob o prisma dogmático, no entanto, a par dos avanços do finalismo e da teoria do domínio do fato, não é possível exigir dolo específico se, embora importante para delimitação do injusto e da intervenção penal em certa situação, não foi previsto no tipo ou preconizar a existência de um novo aspecto do elemento subjetivo. Enquanto não ocorrer uma reforma legislativa criteriosa, resta a leitura constitucional dos tipos demasiadamente amplos ou até mesmo o reconhecimento de inconstitucionalidades, como adiante será exposto, a fim de superar aquelas distorções na esfera penal, mormente o excesso e a desproporção na intervenção para fins de proteção do bem jurídico. O pressuposto da lesividade, desejada ou aceita pelo agente, por vezes dependente, na matéria em apreço, da inserção do dolo específico e a construção de um Direito de Intervenção ou Administrativo Sancionador para infrações relevantes, mas

¹⁴⁹ Op. cit., p. 827.

menos graves, conciliariam princípios fulcrais do Direito Penal com o combate eficiente a esta forma específica e dinâmica de criminalidade.

6.3 Delimitação legal e coexistência de responsabilidades

Quanto à extensão da inovação legislativa de 1993, não merece acolhimento a posição doutrinária que vislumbra nos artigos 17, 24 e 25, da Lei de Licitações, excludentes específicas, e que considera inaplicáveis aquelas descritas no art. 23, do CP. A contingência fática de ser improvável ou comumente inviável o cometimento dos delitos da Lei de Licitações, nestas situações (estado de necessidade, legítima defesa etc.), sobretudo por força da natureza das condutas, não afeta a incidência das normas da parte geral do Direito Penal. Vale dizer, não há vedação explícita ou óbice jurídico, em abstrato, à aplicação de uma excludente de antijuridicidade de nosso sistema penal aos casos regulados pela lei especial. André Guilherme Tavares de Freitas¹⁵⁰ discorda de Diógenes Gasparini, observando que o próprio autor considera o art. 5º, da Lei de Licitações, eximente do delito do art. 92, *caput*, parte final, do mesmo diploma, e que realmente estaria abrangida pelo art. 23, III, do CP.

Seria despiciendo também o art. 82, da Lei 8666/93, ao asseverar que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com a lei ou visando frustrar os objetivos da licitação estarão sujeitos às sanções previstas, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal. Não se pode olvidar, ademais, do disposto no § 4º, do art. 37, da CF, que estabelece consequências gravosas para os atos de improbidade, previstos na Lei 8429/1992, com alterações da Lei 11107/05, sendo muito comum seu cometimento no bojo de licitações e contratos administrativos. Relembre-se que a vedação do *bis in idem* circunscreve-se a cada ramo do Direito. Assim, a infração às normas das licitações pode ensejar pena; responsabilização civil, como reparação de danos; política, como perda do mandato; administrativa, como proibição de contratar e perda de cargo, nos termos dos artigos 82, 83 e 87, da Lei 8666/93.

Edgar Antonio Chiuratto Guimarães¹⁵¹ destaca ainda que o controle interno da licitação apresenta-se em três formas: orçamentária e financeira; da legalidade do ato convocatório pelo órgão licitador; e relacionada à possibilidade de homologação,

¹⁵⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 46.

¹⁵¹ GUIMARÃES, Edgar Antonio Chiuratto. *O controle das licitações públicas*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 154-161.

revogação e anulação do certame. O controle externo pode ser exercitado pelo cidadão e licitantes na via administrativa, mediante direito de petição, impugnação ao instrumento convocatório, via recursal, representação e audiência pública, o qual recai sobre a discricionariedade administrativa, além do controle pelos Tribunais de Contas e pela via jurisdicional. O autor conclui que o controle deve ser material, atuante e fundado na prevenção de ilegalidades. Aduz que é preciso compatibilizar o passado, burocrático e procedimental, com a perspectiva finalística e gerencial, disseminando-se a cultura da moralidade e da probidade administrativa. É neste panorama que a intervenção penal deve ser concebida, sem torná-la panaceia e instrumento exclusivo para todos os problemas e ilegalidades verificados nas licitações.

Na esfera criminal, outrossim, debate-se a extensão desta responsabilidade de acordo com o reconhecimento ou não do concurso de infrações, sobretudo o concurso material com a lavagem de dinheiro. Ao analisar os delitos pluriofensivos e os bens jurídicos agrupados em círculos concêntricos ou secantes, Vicente Greco Filho¹⁵² resgata a controvérsia acerca da classificação da lavagem de valores (se crime da mesma natureza do antecedente, se contra o patrimônio, contra a administração da Justiça ou contra o sistema econômico e financeiro). Ressalta que, nesta linha de pensamento, sua previsão tutelaria diferentes bens. Visaria coibir, aliás, a fruição de proventos de certas atividades criminosas, não se referindo a uma proteção patrimonial e a um sujeito passivo individual, mas alcançando o interesse coletivo e social. Conclui que a lavagem de capitais depende do crime antecedente, sendo complementar para a proteção do bem jurídico deste último, considerado nuclear. Por conseguinte, sua objetividade seria periférica ou satélite.

Como os crimes contra as licitações atentam também contra a Administração Pública, em última análise, incluem-se no inc. V, do art. 1º, da Lei 9613/98, podendo anteceder a lavagem. Para o citado doutrinador, esta teria a mesma natureza daquele, ou seja, de crime contra a Administração Pública. Em suma, merece acolhimento esta tese de que os valores provenientes, direta ou indiretamente, de delitos contra as licitações podem ter a natureza, origem, movimentação, propriedade etc., dissimulados ou ocultados, caracterizando-se novo crime, mais precisamente o de lavagem de valores.

¹⁵² GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 28-34.

A respeito da necessidade de diversidade de autoria para tanto, Vicente Greco Filho¹⁵³ esclarece que, embora alguns países como Alemanha e Itália vedem a imputação da lavagem ao autor do crime antecedente por se tratar de exaurimento, em outros, como Espanha e Portugal, há divergência doutrinária. Rechaça, por fim, o concurso, pressupondo crime único, como na ausência de responsabilização do furtador também pela receptação. Edilson Mougnot Bonfim¹⁵⁴, no entanto, afirma que para a doutrina majoritária o objeto da tutela jurídica é diferente daquele protegido no crime antecedente. Aduz que o processo e julgamento da lavagem independe daqueles do delito antecedente, mesmo o praticado em outro país, e que é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime anterior, nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9034/95. Com todo respeito à posição divergente, forçoso compreender que, não havendo identidade de bens jurídicos e sendo a lavagem conduta autônoma, considerada mais do que simples exaurimento, segundo uma interpretação sistemática e teleológica dos preceitos legais, cabe sua imputação ao autor do crime antecedente, em concurso material.

O art. 83 da Lei 8666/93, por sua vez, ao cominar, além das sanções penais, a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, também para a tentativa, ensejou duas interpretações, uma no sentido de que seria consequência administrativa e outra, mais correta, a despeito da existência de regra no CP sobre o assunto, de que aquela teria natureza penal. Para João Marcelo de Araujo Jr.¹⁵⁵ não se poderia cogitar de pena acessória, não obstante a expressão “além das sanções penais”, porque o legislador estabeleceu regras gerais aplicáveis às leis especiais (art. 12, do CP) e abandonou o critério de divisão de penas em principais e acessórias, passando a tratar dos efeitos da condenação. Previu, aliás, a declaração motivada na sentença dos efeitos (art. 92, parágrafo único, do CP).

André Guilherme Tavares de Freitas¹⁵⁶, por sua vez, entende que a perda dispensa motivação para os crimes da Lei de Licitações, pois esta não repetiu tal imposição do Código Penal, e que depende da relação da função com o cometimento do delito. Melhor compreender, todavia, que as regras gerais do Código, sem expressa disposição em sentido contrário pela lei especial, devem prevalecer. Não ocorreu nova regulação completa da matéria e a necessidade de fundamentação e de declaração da perda

¹⁵³ Idem, p. 35.

¹⁵⁴ BONFIM, Edilson Mougnot e BONFIM, Márcia Monassi Mougnot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

¹⁵⁵ ARAUJO JR., João Marcelo de. Op. cit., p. 173.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 38.

condiz, justamente, com exposição no corpo da sentença do liame entre a atividade do agente e o crime para justificar tal consequência assaz gravosa. No mesmo sentido, não havendo exclusão expressa, a tentativa ensejaria os mesmos efeitos, ainda que não tenha sido referida no preceito especial.

O art. 83, da Lei de Licitações, aliás, reproduziu, em grande parte, o disposto no art. 92, mas sem a exigência de pena superior a quatro anos. Neste ponto, contudo, em norma própria e específica sobre a questão, abdicou claramente da restrição, quando poderia adotá-la, despontando evidente tratar-se de opção legislativa e não de convicção sobre a inconveniência da repetição de todas as regras autônomas da Parte Geral do Código Penal, como na exigência de motivação para a sanção.

7 CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES

7.1 Dispensa e inexigibilidade ilegal de licitação

O art. 89, da Lei 8666/93, coíbe a dispensa e inexigibilidade indevidas de licitação. Embora alguns autores entendam que a previsão do crime visa resguardar a regularidade e a lisura do procedimento, consideram-se bens jurídicos, neste trabalho, a isonomia e a moralidade administrativa, cuja repercussão na proteção do patrimônio público também é inegável. Não obstante seja relevante para assegurar a aplicação efetiva do instituto, trata-se de norma penal em branco, pois as hipóteses que permitem ao servidor não exigir ou dispensar a licitação estão previstas em outras disposições legais. Sem a remissão à legislação extrínseca, não é possível verificar se a conduta comissiva não estava legalmente autorizada e, por conseguinte, se era típica. No mesmo sentido, a omissão descrita no preceito, consistente na inobservância das formalidades legais do procedimento, depende da aplicação de outras normas. Extrai-se do art. 26, da Lei, segundo parte da doutrina, o rol de formas impostas, mormente para fins de publicidade, cujo desrespeito doloso configuraria crime.

Deste modo, o tipo penal não goza de completude e taxatividade. Sua leitura não basta para compreensão do que é delito ou não. Questiona-se a conveniência ou necessidade de tal solução, uma vez que a proibição da inobservância do poder-dever de licitar estaria contemplada por vários preceitos legais e, no âmbito criminal, poderia contar com fórmula mais direta e objetiva (frustração da imposição de licitação, com o fim de beneficiar interesse particular ou causar dano ao ente administrativo, por exemplo). A contratação ilegal, com objetivo escuso, por sua vez, subsumir-se-ia a outros tipos, como adiante será exposto, preexistindo garantia, então, de proteção do bem jurídico, na esfera penal.

José Paulo Baltazar Junior¹⁵⁷ relembra que a conduta do administrador, ao contrário dos particulares, deve estrita obediência aos preceitos de lei, porque somente lhe é permitido atuar *secundum lege*. Pratica apenas os atos impostos pela lei e não

¹⁵⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 470.

simplesmente permitidos. O autor pondera que o STJ já entendeu que a mera alteração dos limites de dispensa ou inexigibilidade, sem modificação do tipo penal, não implica descriminalização da conduta, não se aplicando o art. 3º, do CP.

Importante, outrossim, a distinção entre dispensa e inexigibilidade. Vicente Greco Filho¹⁵⁸, após lembrar que a linguagem é instrumento imprescindível do legislador, sujeito a ambiguidade, vaguidade, carga emotiva e abertura, explica que a expressão “não é punível”, muitas vezes, não se refere a uma excludente de crime, porque, na verdade, sequer há crime a excluir. Os fatos é que seriam puníveis ou não. Assim, circunstâncias às quais são atribuídas naturezas diferentes, tecnicamente, não atuam no plano ontológico, mas no modelo jurídico. Por conseguinte, as hipóteses dos arts. 24 e 25, da Lei, ensejam a não incidência do tipo legal e não a exclusão do delito. Ainda com razão, sua lição distingue dispensa e inexigibilidade. A primeira ocorre na celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, sem procedimento administrativo prévio e sem aplicação dos princípios específicos das licitações, em hipóteses taxativas. A inexigibilidade, por sua vez, é a impossibilidade jurídica da competição.

As situações mais importantes da primeira categoria, em linhas gerais, previstas no art. 24, da Lei 8666/93, são as contratações de obras e serviços de valor até 10% do teto do convite; outros serviços e compras de valor até 10% do limite para tomada de preço; a contratação em caso de guerra, perturbação da ordem, emergência ou calamidade pública; a compra de gêneros perecíveis; os negócios cuja licitação anterior não despertou interesse de ninguém, não podendo ser repetida sem prejuízo para a Administração; o recebimento apenas de propostas com preços superiores ao mercado nacional ou incompatíveis com os fixados por órgãos oficiais; casos de comprometimento da segurança nacional; contratação de instituição brasileira de pesquisa ou de recuperação de preso; aquisição de bens ou serviços por força de acordo internacional vantajoso ou de obras de arte e objetos históricos; impressão de diários e outros documentos oficiais; gastos com manutenção de equipamentos durante a garantia; contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em virtude de rescisão; a aquisição junto a órgão ou entidade da Administração, criada para tal fim antes da lei, ou associação de portadores de deficiência sem fins lucrativos, em condições compatíveis com as do mercado; serviços para abastecimento de embarcações, unidades áreas ou tropas em estada de curta duração; obtenção de materiais para Forças Armadas ou para pesquisa científica e tecnológica;

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 39-43.

fornecimento de bens e serviços oriundos do país que envolvam alta complexidade tecnológica e defesa nacional; aquisição ou alienação por empresa pública ou sociedade de economia mista para suas subsidiárias ou controladas; a compra ou locação de imóvel para uso da Administração; aceleração de programa com ente da Federação ou de sua Administração Indireta; suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado. Como se percebe, nestas hipóteses, seria, em tese, possível a disputa entre propostas, mas o Estado entendeu mais conveniente ao interesse público a contratação direta por razões concretas e logicamente sustentáveis.

No rol das inexigibilidades, incluem-se a aquisição de materiais, equipamentos e gêneros que somente podem ser fornecidos por empresa exclusiva, conforme atestado do órgão de registro do comércio do local, de sindicato, Federação ou Confederação patronal ou ainda de entidades equivalentes, vedada a preferência de marca; a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, salvo para publicidade e divulgação; e contratação de profissional do setor artístico, consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Sob este aspecto, surgem controvérsias na jurisprudência e na doutrina sobre algumas modalidades desta contratação, como a de advogados para defesa do ente federativo, já tendo sido admitida pelo STF, quando realizada por profissional de renome junto aos Tribunais Superiores e notória, a especialização. A inexigibilidade, todavia, não alcança contratação de advogados para serviços que poderiam ser ou comumente são prestados por procuradores concursados do Poder Público.

Neste contexto, exsurge clara a diferença entre dispensa e inexigibilidade, qual seja, a possibilidade, em tese, de realizar a licitação, somente na primeira categoria, segundo lição de André Medeiros do Paço¹⁵⁹. Na segunda, ela estaria descartada, como na contratação de artista consagrado pela crítica ou pela opinião pública, inegavelmente inviável por certame. Como se percebe, todas as inúmeras hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação contam com diversos requisitos objetivos, não declinados exhaustivamente nesta sede, e a incidência sobre casos concretos está sujeita a divergências. Mais uma vez desponta nítida a dimensão excessiva da intervenção penal, nesta seara, sobretudo por falta de fim específico reprovável do agente, e sua imprecisão significativa na compreensão dos limites tênues entre o proibido e o permitido. Não

¹⁵⁹ PAÇO, André Medeiros do. Licitações. *Revista Ensaios de Cidadania* n. 1 (Revista do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do Estado de São Paulo). São Paulo, 2005, p. 335.

obstante a complexidade e o vulto das exigências minuciosas da lei, suscetíveis a interpretações distintas para dispensar ou não exigir o certame, poder-se-ia penalizar um servidor, por exemplo, apenas por não ter dispensado corretamente o procedimento licitatório. Se não observara, outrossim, determinada condição de inexigibilidade, ser-lhe-ia imputada a infração penal.

Assim, para evitar que simples descuido, dúvida ou precipitação na dispensa ou na não exigência seja concebido como crime, seria recomendável a previsão de uma vontade específica, como o favorecimento de terceiro ou o prejuízo à Administração. A lei, contudo, não o fez expressamente, deixando de restringir a intervenção penal – que deveria ser mínima por razões principiológicas – às situações em que seria necessária e adequada para proteção do bem jurídico. Neste diapasão, cumpre destacar a exigência por parte da jurisprudência do fim específico de causar dano ao erário ou do desiderato de beneficiar o particular contratado.

A propósito, tendo em vista as conhecidas adversidades à perquirição do dolo genérico, seria extremamente importante a exigência do fim especial para reprovação da conduta. Assim, não pairariam dúvidas sobre o escopo ilícito da dispensa ou inexigibilidade indevida, distinguindo-a de outro não reprovável e da culpa. Ademais, tal solução corrobora a premissa de que não se deve presumir o dolo, assim como o perigo de dano ao bem jurídico, à luz do princípio da não consideração prévia da culpabilidade.

Somente a certeza de que o agente teve consciência e vontade de não instaurar a licitação, ciente da necessidade e da repercussão lesiva à moralidade pública, legitimaria a sanção penal. Exigem-se redobradas cautelas no desencadeamento de persecução penal contra aqueles que participaram do procedimento, sendo comum e plausível o equívoco técnico na verificação da coexistência dos inúmeros requisitos da dispensa em um caso concreto ou a contribuição diminuta para tanto. Deve ficar claramente evidenciado o objetivo de burlar os limites legais da excepcional dispensa ou inexigibilidade. Seria extremamente útil, então, a previsão no tipo do fim específico de causar dano ao erário ou de beneficiar alguém. É excessiva a tutela penal delineada abertamente pela lei perante os princípios da intervenção mínima e seus postulados da subsidiariedade e da fragmentariedade. Não se mostra auspiciosa, igualmente, a tipificação penal da inobservância de qualquer formalidade de ordem administrativa na dispensa ou inexigibilidade, independentemente de dolo específico.

Não é recomendável e imprescindível, outrossim, o emprego abusivo de normas penais em branco, em detrimento da legalidade, nas suas vertentes taxatividade e reserva legal absoluta, quando o legislador pode descrever todos os elementos relevantes para resguardar o bem jurídico de lesões e ameaças, como a dolosa dispensa ou inexigibilidade da licitação, com o fim de lesar a Administração ou obter vantagem indevida para si ou para outrem. A incriminação nestes termos não reclamaria a complementação por emaranhado de normas administrativas complexas, minuciosas e relacionadas a disposições de outros Poderes, inclusive internas, como Resoluções e Instruções, a qual tanto dificulta o conhecimento exato dos limites da proibição. Ademais, mesmo na invocação de pretensa hipótese de dispensa ou inexigibilidade, se esta ocorresse com escopo ilícito e aquela não correspondesse à verdade, haveria delito. Insuficiente a justificativa no procedimento, se o agente sabia de sua improcedência.

Justamente nestas situações mais comuns e reprováveis é indispensável a severa e excepcional sanção penal, remanescendo as respostas de outros ramos do Direito para os demais descumprimentos de regras de dispensa e inexigibilidade. Tais subsistemas gozam de condições para inibir condutas prejudiciais às licitações, desprovidas daqueles objetivos escusos. A solução dos conflitos emergentes e a responsabilização civil e administrativa dispensariam, nestes casos, a imposição da privação de liberdade.

André Guilherme Tavares de Freitas¹⁶⁰ afirma que o tipo não descreve de forma integral e exaustiva a conduta proibida e emprega as expressões “fora das hipóteses previstas em lei” e “formalidades pertinentes”, precisando ser complementado pelo art. 17 (hipóteses de dispensa), art. 24 (dispensabilidade), art. 25 (inexigibilidade) e art. 26 (formalidades), da Lei 8666/93. Aduz que a norma penal em branco, nas licitações, em regra, é homogênea (complementada pela mesma fonte), mas pode ser heterogênea, como na remissão às formalidades de dispensa, eventualmente ditadas por instância legislativa diversa, como Câmara Municipal, Assembleia Legislativa, Executivo etc.

A par de artificial a criação da categoria de dispensabilidade e mais acertada a compreensão de que as formalidades referidas no tipo dizem respeito à ausência de procedimento para dispensa ou inexigibilidade, não estando, propriamente, no art. 17, da Lei, impõe-se discordar da constitucionalidade da ampla complementação heterogênea. A reserva legal absoluta, no Direito Penal, impede a delegação legislativa a órgãos sem

¹⁶⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 86.

autoridade constitucional para elaboração do conteúdo de normas incriminadoras. No caso de portarias do Executivo, haveria, ainda, a ofensa à separação dos poderes. Com efeito, a vontade popular imprescindível para criação de um crime é manifestada, prioritariamente, no Parlamento, e o resultado deste processo propicia segurança jurídica.

De outro giro, a reserva legal e a taxatividade não são violadas, se o tipo incriminador é suficientemente determinado, autorizando apenas o detalhamento por norma de categoria inferior, sobretudo da mesma fonte legislativa, desde que impossível a inclusão no seu texto de todos os aspectos dos comportamentos, mormente dos dinâmicos. A concepção inflexível e ilógica daqueles princípios restaria contraproducente, inviabilizando a intervenção em diversas matérias relevantes ou complexas e acarretando a impotência do Direito Penal em face de constantes, graves e céleres mudanças fáticas ou de injunções específicas de cunho jurídico. Outrossim, o controle da observância dos limites decorrentes da reserva legal e, por conseguinte, da constitucionalidade de cada norma continuaria sendo normalmente realizado de forma difusa ou concentrada. Assim, não há como recusar *a priori*, teórica e peremptoriamente, a possibilidade de complementação limitada e prudente de tipos penais e a adoção excepcional e comedida de normas penais em branco, quando indispensáveis e inevitáveis. Eventual alteração do complemento, por sua vez, deverá retroagir, se benéfica ao acusado.

Segundo parte da doutrina, o art. 1º, XI, do Decreto-lei 201/67, aplicável às concorrências e coletas de preços, foi revogado pelo art. 89, da Lei 8666/93, mais abrangente e com penas maiores, respeitada, porém, a irretroatividade. Sendo ambos os diplomas especiais, a aparente antinomia resolver-se-ia pelo critério cronológico. Alguns entendem, por outro lado, que aquele preceito ainda vigora em raras hipóteses, como na adoção de modalidade licitatória mais simples, ao burlar a exigência de concorrência mediante fracionamento de despesas, que não caracterizaria, propriamente, dispensa. Melhor solução, contudo, é a subsunção desta conduta ao tipo penal da fraude à competitividade, sem recorrer à aplicação daquela norma apenas nesta situação.

As contratações isoladas e sucessivas, na lição de André Guilherme Tavares de Freitas¹⁶¹, não devem ser admitidas, se havia possibilidade de planejamento para licitação. Assevera ainda que os convênios administrativos, contratos de gestão e gestão por colaboração não se submetem à licitação. As organizações sociais e as da sociedade civil de interesse público, nos termos das Leis 9637/98 e 9790/99, são pessoas

¹⁶¹ Idem, p. 94.

jurídicas de direito privado que recebem verbas públicas para o exercício de função delegada do Poder Público, motivo pelo qual tem sido comum recorrer a estas entidades para evitar a licitação e contratar quem interessa ao administrador. Tal conduta não deixaria de caracterizar, substancialmente, inexigibilidade ou dispensa fora das hipóteses legais.

José Cretella Junior¹⁶², ao discorrer sobre o art. 89, da Lei de Licitações, pondera que pela primeira vez uma lei pátria tornou crimes atos e fatos que dificultam ou frustram a licitação, muitos dos quais sem correspondência no Código Penal, lembrado que a mutação dos costumes e das relações sociais reclama a proteção de novos bens jurídicos, o que comumente ocorre mediante legislação esparsa. Vislumbra os crimes contra a Administração em uma categoria distinta dos crimes comuns e o *Direito Penal Administrativo* como a regulação dos institutos e atos de administração ou atos com caráter constitutivo, referindo-se a interesses de polícia ou Fazenda, regulados, em primeiro plano, por normas administrativas. Para alguns estudiosos, ao seu lado haveria o *Direito Penal Disciplinar*, como integrantes do *Direito Penal não criminal*.

José Cretella Junior, partindo do pressuposto de que no direito disciplinar não vigora o princípio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cogita de um Direito Administrativo Penal, no qual a pena criminal seria estabelecida em lei, sujeitando-se à tipicidade prévia. Destaca o tipo penal especial de crime, cometido contra a Administração, como a conduta do licitante ou do servidor na licitação em prejuízo dos cofres públicos, vislumbrando a necessidade de um Direito Processual correspondente. Discorda-se, porém, daquela posição, entendendo-se que hoje o Direito Penal é um ramo uno, próprio, genuíno e com características peculiares, como a cominação de pena privativa de liberdade, que reclama, em contrapartida, a observância de mais e rigorosos princípios. O Direito Administrativo, mesmo quando sancionador e nos termos propostos por doutrinadores de renome, não teria essência Penal. Na modalidade meramente disciplinar, sequer haveria espaço para divergência sobre a ausência da natureza penal. Enfim, o Direito seria Administrativo ou Penal.

Destarte, os crimes contra a Administração não formariam uma categoria ontologicamente autônoma e estariam contemplados pelo próprio Direito Penal, com sua intensa carga sancionatória e com suas históricas garantias, enquanto às infrações disciplinares e àquelas cometidas por particulares contra a Administração, mas não

¹⁶² CRETELLA JR., José. *Das licitações públicas*, p. 407.

tipificadas como delitos, seriam cominadas reprimendas diferentes das privativas de liberdade, cuja aplicação contaria com requisitos mais brandos. A classificação com base em outras categorias somente poderia ser doutrinária e ter função didática.

Sidney Bittencourt¹⁶³ enfatiza o surgimento das figuras típicas em estudo, no bojo de uma inflação legislativa penal, propalada como panaceia para todos os males da sociedade, especialmente nas relações econômicas e do Direito Público, não obstante a existência de legislação destinada a moralizar a Administração, como a Lei n. 101/2000 sobre Responsabilidade Fiscal, a Lei 1079/50 e o Decreto n. 201/67. Destaca que a inexigibilidade de licitação, ao contrário das hipóteses taxativas de dispensa, pode decorrer de mera inviabilidade de competição, conceito este amplo e suscetível a divergências jurisprudenciais e doutrinárias.

Expostas as ressalvas de *lege ferenda* acerca da opção de nosso ordenamento, resta avaliar, diante dos preceitos subsistentes, as interpretações da doutrina e da jurisprudência para compreender quais delas melhor atendem aos princípios há pouco assinalados e à missão do Direito Penal Moderno. De início, é importante registrar que as condutas do tipo são mistas alternativas e os verbos, embora equivalentes, referem-se a hipóteses legais distintas, vinculando-se o *dispensar* ao art. 24, e o *inexigir* ao art. 25, da Lei.

O crime é próprio, pois sua execução cabe ao servidor público, mas não de mão própria, sendo possível a participação de particular. Segundo André Guilherme Tavares de Freitas¹⁶⁴, quem não possui a qualidade exigida no tipo para o sujeito ativo pode cometer o crime, até mesmo como executor direto, desde que aquele que dela desfrute (*intrañei*) concorra de alguma forma (coautoria ou participação). Para o citado doutrinador, contudo, é mais apropriada a noção de crime de mão própria, cuja conduta descrita deveria ser realizada diretamente pelo *intrañei*, restando ao estranho a condição de partícipe, tendo em vista que a doutrina pátria não admite a autoria mediata ou coautoria em tal modalidade delitiva. Assim, para dispensar, não exigir ou deixar de observar formalidade, o agente deveria ser necessariamente servidor.

Entende que, exceto no ajuste doloso prévio, o procurador não comete o crime, ao oferecer parecer favorável à ausência da licitação, por força de sua independência técnica e profissional, como já se pronunciou o STJ. O agente seria quem

¹⁶³ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 570.

¹⁶⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 53.

decidisse efetivamente a questão, embora tal doutrinador reconheça a possibilidade de um servidor desprovido da competência específica para tanto ser o executor direto. Diógenes Gasparini¹⁶⁵, por sua vez, afirma que o sujeito ativo não é qualquer servidor, mas o competente para declarar inexigível ou dispensar a licitação. Terceiros somente poderiam ser partícipes. Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade excluem os agentes das fases intermediárias da condição de sujeito ativo. Ponderam que, não obstante o reconhecimento pelo STF de que o advogado é inviolável no exercício da profissão, nos termos do art. 133, da CF, tal direito não é absoluto e um parecer jurídico, desconectado dos fatos ou sem fundamentação, pode constituir meio da infração, não tendo o condão de legitimar indevidas dispensas. Jessé Torres Pereira Junior¹⁶⁶ considera o crime próprio, pois praticado por servidor, ainda que não tenha poderes para ordenar a dispensa ou inexigibilidade.

Marçal Justen Filho¹⁶⁷ pondera que o crime também ocorre quando o agente simula a presença de requisitos da dispensa ou inexigibilidade, como o assessor jurídico que oferece parecer favorável à contratação direta. De outro giro, se os pressupostos desta estavam presentes, a ausência de observância das formalidades da dispensa não é penalmente relevante. Neste diapasão, lembra que há posição no STF reclamando para o crime, como antecedente lógico, o ilícito administrativo. O autor transcreve ainda julgados no sentido de que não bastam a contratação direta e o dolo genérico (opção consciente pela dispensa indevida), sendo essenciais para caracterização do delito o resultado danoso ao erário e a vontade de produção do prejuízo. Não se deve olvidar ainda das hipóteses de erro por se reputar presente, por exemplo, notória especialização e confiança no contratado, quando também não haveria dolo.

Tratando-se de trabalho jurídico, Carlos Henrique Bicalho¹⁶⁸ observa que somente em casos muito específicos, nos quais o advogado é o único especialista, haverá inexigibilidade de licitação, eis que decorrente da ausência de competitividade. Além do disposto no art. 13, da Lei 8666/93, o serviço deve ser singular, com as notas de relevância, complexidade e excepcionalidade. A notória especialização tem como pressuposto o serviço singular que reclama experiência acumulada sobre seu objeto, além

¹⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*, p. 87.

¹⁶⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 829.

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 830.

¹⁶⁸ BICALHO, Carlos Henrique. Possibilidade de licitação para serviços advocatícios. *MPMG Jurídico*, v. 5, n. 20, p. 18-19, abr.-jun. 2010, Belo Horizonte, p. 18.

do desempenho soberbo e da importância do advogado nos meios jurídicos, como causídico respeitado ou como doutrinador conceituado. Não procede o argumento de que ocorreria mercantilização da profissão, pois a apresentação de propostas para a Administração Pública não fere o Estatuto da OAB ou o Código de Ética.

Segundo Diógenes Gasparini, sujeito passivo seria a pessoa obrigada a licitar e que poderia promover a ação penal privada subsidiária ou ingressar como assistente na ação penal pública. André Guilherme Tavares de Freitas¹⁶⁹ considera sujeito passivo o Estado e não apenas a pessoa jurídica destinatária do objeto licitado, nos termos do art. 85, da Lei, discordando da inclusão naquela categoria do particular impedido de participar do certame exigido, por não ser titular do interesse tutelado, adstrito à moralidade administrativa.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade¹⁷⁰, no entanto, consideram apenas a isonomia o bem jurídico. Para Hely Lopes Meirelles, tutela-se o princípio da obrigatoriedade da licitação, enquanto Toshio Mukai¹⁷¹ assevera, com razão, que objetividade jurídica é a moralidade administrativa consubstanciada na lisura nas licitações. Vicente Greco Filho¹⁷² compreende que se protege a moralidade administrativa e, em termos específicos, a estrita excepcionalidade dos casos de dispensa e de inexigibilidade. O crime seria de perigo abstrato, independente de prejuízo, como o superfaturamento, que ensejaria a sanção civil adicional do art. 25, § 2º, da Lei em apreço.

Jessé Torres Pereira Junior¹⁷³, no entanto, inclui o patrimônio como bem jurídico. Destaca o tipo misto alternativo, reunindo as condutas comissivas de dispensar e declarar inexigível e a omissiva da inobservância de formalidade legal. A tentativa somente desta última seria inviável. Pondera-se que, embora despicienda a alusão à necessidade de comprovação da participação do particular, à luz do princípio da presunção de inocência expressamente albergado por nossa ordem constitucional, basta que aquela tenha ocorrido em qualquer etapa da infração para incidência do parágrafo.

Para Diógenes Gasparini, o delito do *caput* consumir-se-ia com a prática do ato administrativo e o do parágrafo, com a celebração do ajuste. Apenas a forma omissiva não admitiria tentativa. O dolo seria genérico, incluindo o eventual, consoante

¹⁶⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 58.

¹⁷⁰ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Licitações públicas. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Leis penais especiais – Parte II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 188.

¹⁷¹ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, passim.

¹⁷² GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 60.

¹⁷³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 829.

entendimento daquele autor. No parágrafo, haveria também o dolo específico de contratar com o Poder Público. Hely Lopes Meirelles¹⁷⁴ considera o crime próprio e doloso, não se configurando, se o agente estava convicto de que se tratava realmente de caso de dispensa ou inexigibilidade.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade¹⁷⁵ observam, ademais, que, em regra, o delito se materializa em um procedimento formal de dispensa *fora das hipóteses legais*, reputando esta expressão o elemento normativo do tipo, mas admitem seu cometimento mediante invocação de autorização normativa para situação fática que não lhe corresponda. Citam os exemplos do fracionamento da compra para evitar o teto da dispensa e a alegação de urgência, após inércia da própria administração, e não em razão de fator imprevisível e extrínseco. Afirmam, outrossim, que a inexigibilidade funda-se na inviabilidade de competição, como, por exemplo, na hipótese de fornecedor exclusivo, o que não ocorreria na contratação de determinado escritório de advocacia, quando outros ou a procuradoria da própria pessoa jurídica poderia prestar serviço da mesma natureza e qualidade. Entendem que somente o crime do parágrafo único exige a finalidade especial de celebração do contrato.

O delito é formal; comissivo nas duas primeiras modalidades, pressupondo atos no procedimento de dispensa ou inexigibilidade, não obstante alguns penalistas o reputem omissivo, na modalidade de não exigir. João Marcelo Araujo Jr.¹⁷⁶ sustenta, todavia, com razão, que a dispensa e a inexigibilidade são comissivas e apenas a inobservância de formalidade é omissiva, como na falta de submissão à homologação do superior hierárquico.

Carlos Roberto M. Pellegrino¹⁷⁷, por sua vez, distingue o crime omissivo próprio de não exigir a licitação do comissivo consistente em dispensá-la. Na lição de Diógenes Gasparini¹⁷⁸, o delito é comissivo, na modalidade de dispensar, por exigir uma ação positiva, enquanto não exigir o procedimento (inexigibilidade) ou deixar de observar formalidade seria omissivo. Citado autor entende, ainda, que não haveria crime em situação de inviabilidade licitatória, reputando meramente exemplificativas as hipóteses do art. 25, da Lei 8666/93, e denominando-as causas de exclusão de criminalidade. As

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 187.

¹⁷⁵ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 188.

¹⁷⁶ ARAUJO JR., João Marcelo de. Op. cit., p. 180.

¹⁷⁷ PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. Aspectos penais das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 42 (especial), Ano 11, São Paulo, p. 149-154, jan.-mar. 2003, p. 151.

¹⁷⁸ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 87.

formalidades cuja inobservância configura crime estariam previstas no art. 26, da Lei, e em leis ou atos estaduais ou municipais. Em sua opinião, cuida-se de norma penal em branco, cujo emprego não decorreu de necessidade excepcional e imperiosa, como reclama a concretização do princípio da taxatividade.

André Guilherme Tavares de Freitas¹⁷⁹ entende que o delito de dispensar pode ser omissivo e comissivo, enquanto o de não exigir seria comissivo, pois dependente de declaração da autoridade incumbida da licitação. Esclarece que as expressões não foram empregadas com seu significado literal, mas para designar consequência da inviabilidade da licitação, cujas situações exemplificativas estão no art. 25, da Lei, e demandam exposição fundamentada. O crime, aliás, pode ser praticado, quando invocada hipótese não prevista na lei ou quando esta não corresponde à realidade. O aludido autor admite o dolo eventual, sem excluir de seu alcance o delito omissivo próprio de deixar de observar formalidades, embora estas possam estar previstas em outras leis ou atos estatais de quaisquer entes federativos, ressalvada a dúvida séria, fundada e insanável. A desistência, pelo administrador, de contratar, por sua vez, não representaria irrelevância penal, mas a incidência do art. 16, do CP, não estando o arrependimento posterior condicionado à reparação de danos, se inexistentes.

Convence, diante das divergências expostas, a distinção entre certame inexigível, que pressupõe procedimento para reconhecimento de tal situação, e omissão na declaração desta, antes da contratação direta, que corresponderia à ausência das formalidades legais. Toshio Mukai¹⁸⁰ assevera que entre as aludidas exigências formais estão a justificativa, a prévia autorização pela autoridade e a publicação no Diário Oficial. Com efeito, é imprescindível procedimento para declaração da dispensa ou inexigibilidade, à luz do art. 26, da Lei. A contratação direta, sem sua prévia realização, configuraria esta terceira conduta típica. Segundo referido doutrinador, o tipo é de perigo abstrato, não importando perquirir se o contrato é vantajoso para o Poder Público, o que não se coadunaria, contudo, com o princípio da lesividade. Observa, outrossim, que contrato, neste caso, tem sentido amplo de qualquer ajuste celebrado pela Administração que estabeleça direitos e obrigações, observado o disposto no art. 2º, da Lei 8666/93. Na realidade, o simples descumprimento de alguma daquelas formalidades não deveria ser

¹⁷⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 72.

¹⁸⁰ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.

classificado como delito, olvidando-se do princípio da intervenção mínima e da proteção do bem jurídico.

Entende-se majoritariamente que o delito tem forma livre, é de perigo abstrato e unissubjetivo. Admite tentativa, quando plurisubsistente (praticado mediante vários atos), como no procedimento de dispensa. Quanto à consumação, seguindo esta ordem de ideias, cumpre destacar o entendimento de que o crime dependeria de resultado danoso ao erário, consubstanciado em julgados paradigmas (AP 261/PB, Eliana Calmon, CE, 2.3.05; AP 375/AP, Fernando Gonçalves, C. Esp., 5.4.06; HC 52942/PR, Nilson Naves, 6.^a T., v.u., 19.9.06; TRF1, RCCR 200034000246083/DF, Olindo Menezes, 3.^a T., u., 29.11.05), considerando evento anterior como tentativa. Há decisão em outra direção, no TRF da 4.^a Região (AC 200170000228364/PR, Elcio Pinheiro de Castro, 8.^a T., v.u., 24.03.04), asseverando que, por ser crime de perigo abstrato, não é preciso que a Administração tenha sido prejudicada materialmente com a não realização do processo licitatório. Maria Adelaide de Campos França¹⁸¹, por sua vez, cita jurisprudência sobre o não reconhecimento de crime na falta de licitação para loteamento e empreendimento de habitação popular realizado pela própria municipalidade e para simples festividade de caráter não permanente, destinada a promover um dos produtos do Município.

João Marcelo de Araujo Jr.¹⁸² classifica o crime como material, mas entende que o resultado é *sui generis* – dano ao interesse na licitude da atividade administrativa – e não patrimonial, sendo mero exaurimento o contrato desvantajoso e ocorrendo a consumação instantânea com a primeira manifestação de vontade. Reconhece que, neste caso, a homologação pelo superior teria de ser considerada outro crime, se ausente prévio ajuste, e coparticipação, somente se presente o acordo, referindo-se, na verdade, à coautoria. A tese de crime material sem resultado concreto, todavia, não atenta para a distinção entre lesão ao bem jurídico e delito de dano, a par da possibilidade de resultado que não conste do tipo.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade¹⁸³ asseveram que a consumação ocorre com a homologação, em caso de instauração do procedimento para dispensa ou inexigibilidade, o qual, admitindo fracionamento, contempla a tentativa. Salientam que, na falta da instauração obrigatória, a infração consuma-se com a

¹⁸¹ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

¹⁸² ARAUJO JR., João Marcelo de. Op. cit., p. 179.

¹⁸³ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 188.

contratação, não podendo ser tentado, pois, antes daquele evento, não há ato típico e ilícito passível de início de execução. Por fim, negam a tentativa no crime omissivo próprio de deixar de observar as formalidades legais, cuja consumação ocorre na homologação do procedimento, até quando, aliás, podem ser adotadas.

Para André Guilherme Tavares de Freitas¹⁸⁴, na modalidade comissiva, a infração consuma-se com a declaração da dispensa ou inexigibilidade e, na omissiva, com a superação da última oportunidade para licitar, por se tratar de mera conduta. Para Paulo José da Costa Jr.¹⁸⁵, a consumação da dispensa ocorre com a contratação e da infração do parágrafo com a efetiva vantagem, enquanto Diógenes Gasparini¹⁸⁶ contenta-se com a edição do ato administrativo de liberação do certame, no primeiro caso, vincula a da inobservância de formalidade à declaração de inexigibilidade ou dispensa e reputa suficiente a contratação para o particular consumir seu delito, sem aludir a um real benefício.

Ricardo Antonio Andreucci¹⁸⁷ não admite a tentativa em nenhuma hipótese, dispensa prejuízo e vislumbra a consumação da última modalidade do *caput* na não realização da licitação, com justificativa desprovida das formalidades necessárias. Descabe, porém, restringir a inobservância destas à justificativa. Para evitar acepção extremamente aberta e vaga da expressão “formalidades legais”, em detrimento da taxatividade, é melhor compreendê-la como a ausência de qualquer medida formal destinada à verificação da possibilidade de dispensa ou de inexigibilidade da licitação, sem relacioná-la, aleatoriamente, à justificativa ou outros atos regulados por normas inferiores. Se esta fosse a vontade do legislador, tê-los-ia inserido na redação do preceito por considerar essenciais seus aspectos formais. A propósito, a responsabilidade criminal para qualquer descumprimento de formalidade, além de afrontar a legalidade e a intervenção mínima, não significaria, necessariamente, proteção proporcional do bem jurídico.

À luz da dimensão conferida a tal primado, aos princípios da lesividade e da intervenção mínima, mais apropriada teria sido a construção do crime material, no qual a contratação ilegal consumaria a infração, por representar a verdadeira lesão ao bem jurídico – comprometimento irreversível e completo da moralidade e da isonomia – além

¹⁸⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 79.

¹⁸⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, passim.

¹⁸⁶ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., passim.

¹⁸⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 484.

do perigo de prejuízo ao erário, remanescendo a subsunção dos atos anteriores à tentativa, com pena menor, em prol da proporcionalidade. Não tendo a norma, contudo, previsto o resultado para consumação, a exegese correta é no sentido de que o crime é formal, mas não de mera conduta, pois, como explica André Guilherme Tavares de Freitas¹⁸⁸, o resultado naturalístico consistente na contratação decorre logicamente do conteúdo do tipo, embora tal finalidade (“com o fim de contratar”) devesse e pudesse ter constado do texto do “caput” do artigo. Por conseguinte, em sua opinião, apenas a inobservância de formalidade seria delito de mera conduta. Pondera, todavia, que até a publicação do ato seria suprável a omissão. Por isso, contrariando a doutrina majoritária, referido autor admite a tentativa no crime omissivo puro, como no suprimento por terceiro da omissão dolosa no cumprimento de certa formalidade. Importaria verificar se o *iter criminis* (até a consumação e não apenas da execução) era fracionável e não se se tratava de omissão ou se era exigido resultado. Mesmo nos unissubsistentes, havendo intervalo entre o término da execução e o resultado, a circunstância alheia à vontade poderia intervir e caracterizar-se a tentativa.

Vicente Greco Filho¹⁸⁹ admite o cometimento do delito pelo administrador incompetente para o ato, pois a dispensa ou a inexigibilidade também seria ilegal por falta de poderes. Observa que a modalidade de inobservância das formalidades consoma-se com a declaração, sem o procedimento, ou com o decurso do prazo de três dias para comunicação à autoridade superior. No parágrafo, por outro lado, exige-se do particular o elemento subjetivo do tipo no momento da conduta, consistente na finalidade de celebrar contrato com o Poder Público, e para consumação, o benefício, ou seja, a assinatura. Se não ocorrer, poderá haver apenas tentativa, salvo no omissivo puro de falta de comunicação ao superior. Destarte, embora admita o dolo eventual, destaca o específico do parágrafo. Como Vicente Greco Filho¹⁹⁰ entende que o art. 89, da Lei, previu crime de perigo, admite, com razão, o concurso material com corrupção ou outro crime material. Vale dizer, se além da dispensa, inexigibilidade ou inobservância de formalidade, o agente obteve vantagem ilícita, pode responder por um segundo delito e até mesmo por eventual lavagem de dinheiro.

¹⁸⁸ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 81.

¹⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 61-64.

¹⁹⁰ Idem, p. 64.

André Guilherme Tavares de Freitas¹⁹¹ pondera que o concurso seria viável com várias outras infrações, mas não com aquela prevista no art. 96, da Lei de Licitações, que contém a licitação instaurada como elemento do tipo. Assevera que o princípio da consunção somente é aplicável se o crime-meio do art. 89, da Lei em estudo, era meio necessário e não simplesmente facilitador da prática do crime-fim, como, por exemplo, do art. 312, do CP. Neste caso, não haveria *ante factum* impunível, mas concurso material.

A figura específica do parágrafo previu corretamente a vontade específica do contratado sem licitação de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade, evitando assim que viesse a ser punido tão somente por ter prestado o serviço ou fornecido o bem por contrato cuja ilegalidade fora provocada apenas pelo servidor. Por ter sido estabelecida tal exigência e criada uma figura autônoma, a opinião predominante é a de que não se admite a participação do contratado na conduta do *caput* do artigo. Caso contrário, o parágrafo restaria inócuo. Não teria sido criado, se a intervenção penal se contentasse com qualquer contribuição para a falta de licitação, independentemente de desiderato espúrio, como a vantagem própria ou o prejuízo ao erário, e de perspectiva de lesão ao bem jurídico.

Embora Adel El Tasse¹⁹² entenda que este crime do parágrafo é material por exigir o resultado natural consistente na celebração do contrato, esta integra, na verdade, uma finalidade específica (“para celebrar”), sendo elemento fático do tipo apenas o benefício da dispensa, ainda que não venha a se materializar na assinatura do instrumento. Ronny Charles Lopes de Torres¹⁹³ expõe a controvérsia jurisprudencial, aliás, sobre a necessidade de prejuízo ao erário, lembrando que o entendimento dominante no STJ exige resultado danoso e de que a regularidade das contas não se coaduna com a justa causa para a ação penal. Cita julgados, ademais, que reclamam contratação indevida e intento reprovável, mormente o de burlar a licitação, para punição da inobservância de formalidade. Advoga entendimento de que somente a presença de efetivo interesse da União evidenciaria a competência da Justiça Federal, conciliando precedente do STF no sentido de que repasse de verbas federais não desloca a competência da Justiça Estadual e julgamento posterior que vislumbrou interesse para

¹⁹¹ FREITAS, Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 52.

¹⁹² TASSE, Adel El. Op. cit., p. 675.

¹⁹³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Editora Podivm, 2010, p. 379.

tanto. Alerta para a indevida confusão entre notória especialização e a simples confiança do gestor, lembrando que a lei somente considera aquele primeiro como fundamento de inexigibilidade de licitação e que o conceito e a capacidade são aferidos objetivamente, enquanto a convicção pessoal da autoridade afronta a impessoalidade.

No tocante ao crime do parágrafo único, Marçal Justen Filho¹⁹⁴ admite o cometimento por agente estatal, desde que não tenha competência para deliberar sobre a contratação direta. Exige que o sujeito tenha concorrido efetivamente para a execução do crime, mediante auxílio, induzimento ou instigação, e auferido benefício. Por conseguinte, não bastaria obter lucro, se não tomou parte na concretização da ilegalidade. Nesta ordem de ideias, o autor cita paradigma de absolvição por insuficiência de provas do intuito de favorecer o contratado e de seu concurso na dispensa ou inexigibilidade indevida. Pondera que o crime do parágrafo único não é possível sem a consumação daquele previsto no “caput”, do art. 89, da Lei de Licitações, assim como não constitui mero acessório deste último.

André Guilherme Tavares de Freitas¹⁹⁵ refuta a ideia de que o parágrafo seria norma de adequação típica por subordinação mediata de ampliação pessoal, pois bastaria a aplicação do art. 29, do CP, vislumbrando na estratégia do legislador o desiderato de restringir a responsabilização ao concorrente que auferiu vantagem. Cita o exemplo da empresa que realiza pesquisa sobre potenciais licitantes, ciente da pretensão criminosa do servidor, e que, ausente efetiva coautoria ou participação na conduta do “caput” do art. 89, da Lei 8666/93, não obteria a vantagem exigida pelo parágrafo e não poderia responder, com fulcro no art. 29, do CP, caso contrário seria superfetação aquela previsão peculiar da lei especial.

O autor aludido discorda de Paulo José da Costa Jr., negando que ela seja apenas tipo autônomo para o concorrente, acrescido do dolo específico, sem prejuízo da incidência do outro, nos termos do art. 29, do CP. Ressalta que não contém expressão referente à equiparação (“na mesma pena incorre”). Observa que o art. 97, da Lei 8666/93, ao contrário, não trouxe ressalva à regra geral da autoria e o requisito, explícito no texto, de que o indivíduo tivesse comprovadamente concorrido para a ilegalidade. O legislador, portanto, seguiu estratégias distintas, deduzindo-se que, no parágrafo do art. 89, da Lei Especial, pretendeu restringir e condicionar a responsabilidade do particular ao benefício

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 832.

¹⁹⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 63.

da conduta do *caput*. No entendimento de André Guilherme Tavares de Freitas, estabeleceu uma condição objetiva de punibilidade, eis que a contratação seria um fato externo à conduta descrita, futuro e incerto, aplicável, portanto, apenas ao partícipe particular, na medida em que o partícipe servidor jamais poderia contratar com o Poder Público. O autor pondera que a prescrição, a qual, a rigor, correria da consumação, independentemente da condição objetiva, nos termos do art. 111, do CP, deveria, então, ser contada do preenchimento desta, o qual é indispensável à pretensão punitiva e, por conseguinte, à persecução penal. Nesse diapasão, a Lei de Falências, mormente seu art. 182, revogara o disposto no art. 507, do CPP.

Reconhece que parte da doutrina rechaça tais condições involuntárias, concebendo somente elementos do tipo ao alcance do dolo ou da culpa, por força do princípio da culpabilidade, e as condições processuais de operatividade da coerção. Invoca, porém, a lição de Welzel no sentido de que elas não afetam o conteúdo do injusto do fato e opõe ao argumento de que não estão reguladas no sistema pátrio, como no Direito Italiano, a expressa referência pela Lei de Falências. Quanto ao contrato com o Poder Público, merece guarida o conceito de qualquer ajuste, nos termos do parágrafo único do art. 2º, da Lei de Licitações, bem como a amplitude de Poder Público para fins licitatórios, do art. 1º e 85, do mesmo diploma. Embora não convença a tese de condição objetiva de punibilidade, sobretudo porque dependeria de terceiro, em detrimento da culpabilidade, e porque o texto não revelou claramente esta opção, a exigência de contratação ilegal, sob o prisma dogmático e das injunções de política criminal, melhor atenderia aos princípios jurídicos propugnados, neste trabalho, evitando-se a intervenção penal extremamente ampla, inclusive sobre condutas que poderiam ser tratadas por outros ramos do Direito.

Ainda quanto à punibilidade do crime do art. 89, da Lei 8666/93, João Marcelo de Araujo Jr.¹⁹⁶ considera condição objetiva supralegal e não escrita a decisão sobre a ilegalidade da dispensa ou inexigibilidade pelos Tribunais de Contas. Afirma que este controle externo não torna o ato administrativo complexo, pois as vontades da Administração e do Tribunal são diversas. Embora acabado com a declaração do funcionário e ratificação do superior, a presunção de legalidade deveria ser invertida pelo Tribunal para a conduta tornar-se punível. Ao discorrer sobre o espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas, com base nos arts. 70 e 71, da CF, e art. 113, da Lei 8666/93,

¹⁹⁶ ARAUJO JR., João Marcelo de. Op. cit., p. 178.

argumenta que este fator extrínseco conterà os elementos que evidenciarão se houve violação dolosa e grosseira da lei, bem como lesão ao interesse jurídico protegido.

Com todo respeito, urge observar que, se este fosse o desejo do legislador, teria incluído a condição objetiva de punibilidade na redação do tipo, como fez em relação à vinculação da advocacia administrativa à invalidação judicial do contrato ou da licitação. Embora lhe assista razão, ao exigir as evidências do dolo intenso e lesão ao bem jurídico, não é imprescindível para sua aferição a decisão do Tribunal de Contas, e o crime do *caput* não é material, como sustenta.

Por outro lado, forçoso ressaltar que o art. 8, do decreto n. 3931/2001 representou enorme retrocesso na conscientização da necessidade de zelo constante pelo interesse público contra injunções de práticas políticas condenáveis e pretensões ilegítimas de particulares. Acaba por frustrar a expectativa de eliminação de costumes nocivos e arraigados no aparelho estatal e de efetivação do princípio da obrigatoriedade das licitações. Toshio Mukai¹⁹⁷ observa que tal permissão para qualquer órgão ou entidade, ainda que não tenha participado do certame licitatório, utilizar Ata de Registro de Preços, em nível federal, na aquisição de bens e serviços, viola o art. 37, XXI, da CF, autorizando o cometimento do crime do art. 89, da Lei 8666/93. Vale dizer, durante a vigência da ata, a pessoa jurídica, não obstante sujeita originariamente à licitação, torna-se “carona” (expressão empregada pela doutrina) na licitação do órgão gestor ou de outros convidados, sem participar de qualquer ato do procedimento.

O preceito afronta os princípios da obrigatoriedade da licitação, da igualdade de condições, da moralidade e da impessoalidade. O autor invocado questiona como, nos termos do § 3º, do art. 8º, da Lei, a referida contratação adicional não pode exceder cem por cento o quantitativo registrado na Ata, se o gestor licitante, consoante o § 1º, do art. 65, do mesmo diploma, apenas pode adquirir mais de 25% do valor inicial do contrato. Enfatiza, então, os problemas decorrentes das aquisições por vários caronas e da responsabilidade do licitante por alta cifra resultante da soma de seus contratos, embora sua proposta inicial tivesse valor substancialmente menor. O Tribunal de Contas da União, porém, limitou-se a vedar adesões, quando detectadas falhas na licitação para Registro de Preços, e a recomendar a reavaliação das regras para adesões. Com efeito, sendo taxativo

¹⁹⁷ MUKAI, Toshio. Registro de preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8.º (figura do “carona”) do Decreto n. 3931/2001. Possibilitação de cometimento do crime previsto no art. 89, da Lei 8666/93. *Revista Interesse Público*, n. 47, ano X, Rio Grande do Sul: Editora Fórum, 2008, p. 96.

o rol de dispensa e inexigibilidade de licitação, motivadas excepcionalmente por fatores peculiares, em regra para viabilizar a eficiência da atuação estatal e resguardar, em última análise, o interesse público, não há como admitir a constitucionalidade e a legalidade da indiscriminada autorização para contratar sem licitação, introduzida pelo decreto, à luz do art. 37, da CF, e do art. 89, da Lei 8666/93.

André Medeiros do Paço¹⁹⁸, após comentar que a licitação é a porta de entrada para a apropriação e desvio ilegal de verbas públicas, critica o §. 2º, do art. 84, da Lei de Licitações, por ensejar pena majorada ao auxiliar de confiança, normalmente superior àquela imposta ao próprio Prefeito, ainda que este seja mentor do projeto criminoso e chefe do grupo, em detrimento da isonomia e da proporcionalidade. Afirma que a norma especial do art. 89, da Lei de Licitações em relação ao crime de responsabilidade, revogou o inc. XI, do art. 1º, do Decreto-lei n. 201/1967. O autor destaca entre os crimes mais comuns o fracionamento de prestações para burlar a proibição de contratação direta acima de certos valores; a prorrogação da situação excepcional, enquanto impugnada licitação, lembrando, neste ponto, que a calamidade deve estar reconhecida no decreto do Executivo; a ampliação de objeto contratual; a contratação de profissional com notória especialização para serviço rotineiro, simples ou não singular. Por outro lado, pondera que o descumprimento de formalidade, quando presentes os pressupostos da contratação direta, não é penalmente relevante.

Ronny Charles Lopes de Torres¹⁹⁹ salienta que a condenação por crimes licitatórios tem o efeito automático da perda do cargo, emprego, função ou mandato. A Lei de Licitações, outrossim, previu consequências penais para descumprimento de inúmeras regras administrativas. Em contrapartida, limitou-se a cominar para o delito em comento detenção e multa, não obstante alguns crimes fossem condizentes com a reclusão e regime fechado. O autor sugere, por outro lado, a aplicação de critérios de imputação para impedir a incidência desproporcional do rigoroso espectro de incriminação, como no delito de mero descumprimento de formalidade do procedimento, que não visa assegurar, propriamente, o princípio da obrigatoriedade da licitação.

¹⁹⁸ PAÇO, André Medeiros do. Op. cit., p. 335.

¹⁹⁹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 379.

7.2 Fraude ou frustração da competitividade

O art. 90, da Lei 8666/93, é essencial na proteção das licitações, sobretudo diante da disseminação, tão propalada pelos meios de comunicação nos últimos anos, de conluio e simulações entre concorrentes, muitas vezes com a participação de servidores, para distribuições de negócios economicamente interessantes. Tipifica o ato de 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.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁰⁰ consideram a competitividade o bem jurídico. Admitem o servidor como sujeito ativo, se não cometer corrupção passiva. Reputam suficiente a adjudicação e prescindível a vantagem econômica para consumação da infração, podendo o benefício ser de outra ordem e até indireto, como a experiência para participar de novas licitações, ou futuro, como na vitória em certame posterior, após combinação de preços para licitantes vencerem as aparentes disputas, alternadamente. Tais autores entendem que, se forem do mesmo grupo, violarão também o sigilo das propostas, a despeito de opinião mais convincente no sentido de que, nesta hipótese, ausente *ab initio* tal interesse a tutelar em razão da combinação, eventual comunicação sobre o teor das ofertas é absorvida pelo ajuste ilícito.

Referem-se à existência de *outros elementos subjetivos*, além do dolo, mormente a representação de fraudar e a finalidade de vantagem. Vislumbra-se, na verdade, o dolo de fraudar ou frustrar, mediante aqueles expedientes descritos no tipo, além do dolo específico de obter vantagem. Não se concebe, sob o prisma dogmático, outro elemento subjetivo do delito. Por fim, os autores citados preconizam a consumação com a homologação, independentemente da vantagem, admitindo a tentativa, quando, por exemplo, a combinação de preços é descoberta pelo Poder Público. Com efeito, o tipo exige apenas o intuito de obter a vantagem e não a elege como resultado necessário à caracterização da infração.

A técnica adotada atende, de um lado, ao princípio da lesividade e à proteção do bem jurídico, preocupando-se com a lesão à moralidade e à igualdade, mas também com a ameaça reprovável, ao se contentar com a frustração da competitividade e ao dispensar o efetivo prejuízo econômico ou o enriquecimento ilícito. De um lado, não

²⁰⁰ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 192.

lhe basta o ajuste ou outro expediente, pois, se ausente frustração da competitividade e finalidade de lesar ou extrair vantagem indevida, não se cogita de investida dolosa e reprovável contra o bem jurídico que imponha, por conseguinte, a intervenção penal. De outro, ao optar por não exigir na redação a efetiva obtenção do ganho próprio ou alheio ou prejuízo da Administração e ao não condicionar a resposta penal aos desdobramentos da conduta, a norma observa a face positiva do garantismo e a proibição da tutela deficiente ou insuficiente. Permite a responsabilização penal da ofensa à moralidade e isonomia, ainda que não propicie aqueles resultados.

Enfim, adota uma orientação prospectiva para evitar as consequências perniciosas do comportamento e não meramente reativa e retributiva, mas sem se contentar com a conduta, independentemente do desiderato final e reprovável, resistindo à tentação de adiantar indevidamente as barreiras do Direito Penal. A conjugação de ato lesivo com o fim específico, independentemente da descrição do prejuízo econômico ou da vantagem no tipo, delimita, com propriedade, e valoriza a tutela eficiente de *ultima ratio*, desvinculando-a, ao mesmo tempo, do exaurimento e dos desdobramentos da lesão ao bem jurídico.

Relembre-se da importância, neste ponto, da definição do bem jurídico para que não seja identificado com mera regularidade de procedimento ou se restrinja ao patrimônio. Nos termos já expostos, a moralidade e a isonomia são objeto da proteção penal. Um ajuste ou expediente ilegal, por si só, pode não representar frustração dolosa da competitividade da licitação, mantendo-se distante da lesão daqueles interesses a proteger. Tal consequência (frustração do caráter competitivo), por sua vez, afronta a isonomia e a moralidade, ainda que não se consolide o subsequente prejuízo ou ganho econômico. Assim, a opção dogmática por sua inclusão no tipo, sem exigência de desdobramentos, consubstanciada no art. 90, da Lei de Licitações, representou raro equilíbrio entre intervenção mínima e eficiente, o qual não se vislumbra no restante do diploma, como se pretende demonstrar, nesta sede.

Reitere-se que, para Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁰¹, a competitividade é o bem jurídico. André Guilherme Tavares de Freitas²⁰² menciona como objeto da tutela o princípio da competitividade, além da moralidade administrativa, e salienta que o dano patrimonial não é imprescindível para a responsabilidade penal,

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

²⁰² FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 98.

ensejando, porém, a civil e a administrativa. Não sendo bem jurídico apenas o patrimônio, invoca decisão do STJ no sentido de que a infração não é necessariamente absorvida por desvio de verba pública ou outro crime denominado fim. Com efeito, eventual prejuízo material não equivale e não afasta a anterior lesão à moralidade administrativa e à isonomia. Na opinião de André Guilherme Tavares de Freitas²⁰³, somente quando necessário à execução do crime fim e não apenas facilitador, o delito do art. 90, da Lei de Licitações, comportará a aplicação do princípio da consunção ou absorção. Melhor compreender, contudo, que, mesmo neste caso, em virtude da diversidade de bens jurídicos, haveria ao menos concurso formal. O autor admite ainda o concurso com a infração do art. 96, da mesma Lei, porque ambas pressupõem a licitação instaurada.

Hely Lopes Meirelles²⁰⁴ assevera que o art. 90, da Lei de Licitações, tutela a igualdade entre os licitantes, contendo, ainda, norma de reserva, consistente em qualquer outro expediente para fraudar ou frustrar a competitividade, e exigindo dolo específico, qual seja, o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação. Jessé Torres Pereira Junior²⁰⁵ inclui na objetividade jurídica o patrimônio, a livre concorrência e a moralidade.

Vicente Greco Filho²⁰⁶ afirma que o bem jurídico amparado é a moralidade e a regularidade do procedimento, especificando ainda a competitividade e a igualdade. Pondera que a figura é mais ampla do que a do art. 335, do CP, e refere-se não à licitação e ao resultado, mas aos princípios da igualdade e da competitividade que os norteiam. Neste diapasão, o prejuízo econômico para a Administração é dispensável. Diógenes Gasparini²⁰⁷ entende que o bem jurídico é a moralidade administrativa. Cita exemplos comuns de frustração da competitividade, como fazer exigências no edital que somente um ou alguns licitantes podem satisfazer, e de fraude, como publicar o ato em veículo inadequado para alcançar os interessados. É mais acertado, ante o exposto, o entendimento de que são bens jurídicos a moralidade e a isonomia, sendo a competitividade ou a regularidade procedimental meios para consecução daqueles princípios dotados de *status* constitucional.

²⁰³ Idem, *ibidem*.

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 187.

²⁰⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 833.

²⁰⁶ *Op. cit.*, p. 73.

²⁰⁷ GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 96.

Diógenes Gasparini²⁰⁸ esclarece que, no ajuste ou combinação, o concurso entre licitantes ou entre um destes e servidor é indispensável, não integrando o meio consistente em “qualquer outro expediente”. Apesar de descritas condutas mistas alternativas, no dispositivo, o essencial, na lição de Guilherme de Souza Nucci²⁰⁹, é a eliminação da competição ou a promoção de uma ilusória. O tipo contentar-se-ia, na verdade, com a frustração, que incluiria o meio fraudulento e outros. Com efeito, a referência a ajuste, combinação ou qualquer outro expediente também era despicienda, tornando a redação mais complexa e menos objetiva, em detrimento do postulado da taxatividade e da segurança jurídica. Ademais, a fraude não seria propriamente alternativa à frustração, mas uma das formas de obtê-la. André Medeiros do Paço²¹⁰, por sua vez, enfatiza a presença do engodo, da ilusão ou falsidade na fraude como fator distintivo crucial em relação à frustração. Reputa o crime possível também quando se opta pelo certame, ainda que permitida, em tese, a contratação direta. Pondera que a inserção de cláusulas rigorosas ou especificações exclusivas no edital pode ser repreendida pela Corte de Contas, sem necessariamente consubstanciar o delito em apreço.

De outro giro, cada núcleo verbal é objetivo e seu significado já traz intensa carga de reprovação. A redação, diferentemente de outros dispositivos da lei, não contém expressões assaz abertas ou imprecisas e elementos normativos do tipo sujeitos a controvérsias infundáveis ou subjetivismos. A expressão *caráter competitivo* não gera problemas sérios de exegese. A previsão de dolo específico, por sua vez, restringe e direciona a intervenção penal aos atos que efetivamente causam lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico e que são axiológica e consensualmente reprováveis. A técnica observa, enfim, os princípios da ofensividade, da intervenção mínima e a proteção do bem jurídico.

Para grande parte da doutrina o delito é próprio; instantâneo; comissivo; de perigo abstrato; e plurissubjetivo, não obstante entre os expedientes alternativos ao ajuste possa haver algum engendrado por apenas um agente. André Guilherme Tavares de Freitas, por sua vez, considera o crime comum, pois a expressão “para si ou para outrem” conduz à possibilidade de terceiro praticar a conduta em favor do concorrente e futuro adjudicatário. O texto normativo não exige, com efeito, qualidade do agente do certame, sobretudo de funcionário público. Nos chamados procedimentos de cobertura, aliás,

²⁰⁸ Idem, *ibidem*.

²⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 853.

²¹⁰ PAÇO, André Medeiros do. *Op. cit.*, p. 348.

simula-se a disputa e prescinde-se de servidor para efetivação do desiderato criminoso. Acrescente-se que qualquer outro expediente não depende de execução pelo licitante, podendo não ter relação com ajuste e combinação, e não encerrar concurso necessário de pessoas. O servidor, outrossim, pode ser autor ou partícipe do delito. O doutrinador citado inclui entre os sujeitos passivos a entidade responsável pela licitação e os demais concorrentes.

Para Ricardo Antonio Andreucci²¹¹, no entanto, sujeito ativo é o licitante, o crime é formal, mas admite tentativa, e contém o dolo específico de obtenção da adjudicação. Vicente Greco Filho²¹² também afirma que o autor é o concorrente, podendo o servidor participar da infração. José Paulo Baltazar Junior²¹³, por sua vez, afirma, com razão, que o crime é comum, como na criação de empresas fantasmas, impondo-se concurso necessário nas modalidades de ajuste e combinação, mas não na adoção de outro expediente. Há divergência jurisprudencial acerca de tal qualificação, entendendo alguns julgadores que justamente na existência do concurso necessário reside a distinção entre tal infração e a do art. 93, do mesmo diploma legal. Para justificar a coexistência dos dispositivos há quem defenda a subsunção a este último tipo da fraude que não atenta contra o caráter competitivo. Dispensaria, na verdade, a intervenção penal, na falta daquela perspectiva lesiva. O autor invocado, então, cita julgados que não reconheceram o delito do art. 90, da Lei 8666/93, como no acordo por ausência de empresa na região capaz de atender à demanda licitada e na mera apresentação de proposta anterior à vencedora.

Na realidade, esta fraude que não afeta a competitividade poderia ser coibida por outros ramos do Direito, por força do postulado da fragmentariedade e da ofensividade. A possibilidade concreta de prejuízo ao erário, a afronta à igualdade e à moralidade devem ser pressupostos da intervenção penal. Deste modo, bastaria a incidência do art. 90, da Lei, até porque não adstrito à frustração da competição por ajuste, mas por qualquer outro expediente, prescindindo-se do assaz amplo texto do artigo 93, do mesmo diploma legal. Outrossim, exigir concurso necessário no art. 90, da Lei, e considerar outros expedientes contemplados pelo art. 93, do mesmo Diploma, subverteria a máxima de que a lei não contém palavras inúteis e significaria prescindir da frustração

²¹¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 485.

²¹² Op. cit., p. 73.

²¹³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 472.

da competitividade, tornando inócua tal previsão normativa. Além disso, ensejaria sanção mais branda (art. 93, da Lei) aos outros expedientes, ainda que tivessem frustrado a competitividade, distinguindo-os, injustificadamente, do ajuste e combinação. Tal exegese não condiz, ainda, com o propugnado tratamento da conduta do art. 93, da Lei, exclusivamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Em suma, a fim de evitar este vácuo normativo e respeitar a própria redação do art. 90, da Lei, não há como exigir o concurso necessário.

Segundo Vicente Greco Filho²¹⁴ o tipo é misto alternativo, diferentemente do Código Penal, porque a conduta de afastar o concorrente foi descrita em artigo próprio da Lei Especial. Assim, a notícia falsa para tanto, embora consistente em expediente unilateral, ou seja, qualquer outro referido pela norma, melhor se subsume ao art. 95, da Lei em estudo. Para o ilustre professor, a consumação ocorre com a realização do procedimento, admitindo a tentativa. Destaca o dolo específico, consistente no intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, bastando a vontade de contratar. Defende sua absorção por crime mais grave contra o mesmo bem, como pela corrupção, e sua prevalência sobre o menos grave absorvido, como a prevaricação.

José Cretella Junior²¹⁵ observa que, nas situações de conluio tipificadas, a proposta do vencedor jamais pode ser considerada a melhor para se alegar inexistência de prejuízo, pois sempre foi a única de fato real e apta a vencer. Este autor admite entre outros expedientes a introdução de cláusula discriminatória ou julgamento tendencioso, independentemente do reconhecimento preexistente do vício e da anulação por desvio de poder. Salienta que se o servidor, todavia, está impelido por sentimento ou interesse pessoal, comete prevaricação; e que se o móvel é de ordem material, pratica corrupção passiva.

Já se reconheceu a absorção do crime de responsabilidade do Prefeito pelo de fraude em licitação, sem prejuízo da reparação civil, além de não se reputar a homologação mera providência burocrática. Com todo respeito a estas posições, basta a verificação de todos os elementos do tipo para responsabilização penal independente de outras. Descabe, ainda, o descumprimento de lei municipal pela autoridade, em matéria de licitações, sob pretexto de inconstitucionalidade, antes do pronunciamento do Judiciário. É

²¹⁴ Op. cit., p. 74.

²¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*, p. 409.

cediço, sob este aspecto, que na convalidação dolosa da frustração da competitividade, o servidor, comumente, recorre a argumentos de tal jaez, na tentativa de excluir sua responsabilidade subjetiva, de dar roupagem jurídica e legitimidade à sua conduta. Os óbices à produção de provas, no entanto, não autorizam a inclusão nos preceitos penais de presunções absolutas, sob a égide do princípio constitucional da culpabilidade.

O outro expediente qualquer, descrito no tipo, além de prescindir de mais de um agente, pode não ser da mesma natureza, como explica Paulo José da Costa Jr.²¹⁶, citando o exemplo da falsa notícia de que o certame foi adiado ou cancelado. Pretendeu-se, no seu entendimento, evitar a contratação direta dolosa. O objetivo de assegurar a competitividade, aliás, já vinha insculpido no art. 3, § 1º, inc. I, da Lei, que veda atos do servidor que a prejudiquem. Com a execução do crime material, a licitação poderia ter o número de participantes reduzido ou ficar deserta, o que impediria a obtenção do negócio com melhor relação custo-benefício pela entidade licitadora e propiciaria vantagem ao autor ou a terceiro, o qual acabaria contratado, sem fazer concessões necessárias à vitória na disputa.

Marçal Justen Filho²¹⁷ menciona como hipótese da primeira espécie delitiva (ajuste) a introdução pelo servidor de cláusula que assegura a vitória de um licitante; na segunda modalidade (combinação), refere-se à hipótese de arдил para evitar a eficácia da licitação e, por fim, aponta como exemplo de qualquer outro expediente os acordos parciais sobre condições paralelas, ainda que não haja definição do vencedor, mas apenas exclusão de potenciais participantes. Salieta que, diferentemente do crime o art. 95, da Lei, o ajuste ou desiderato de exclusão, neste caso, é ignorado por terceiro. Aduz que o dolo específico reside na obtenção da adjudicação. Jessé Torres Pereira Junior²¹⁸, por seu turno, exige o especial fim de agir atinente à vantagem de conteúdo econômico e pondera que a efetiva adjudicação, como mero exaurimento, deve ser considerada na imposição da pena.

André Guilherme Tavares de Freitas²¹⁹ admite o dolo eventual, mas destaca a necessidade do específico. Refere-se aos métodos tradicionais de eliminar ou reduzir concorrentes e de simular disputa, quando as “cartas estão previamente marcadas”. A vantagem não coincide com a contratação, mas pode ser qualquer uma dela decorrente,

²¹⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*, p. 21.

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 833.

²¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 833.

²¹⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., passim.

como a social e a política. Entende que o crime é formal, contentando-se com o intuito de obter a vantagem (resultado naturalístico) e consumando-se com a frustração do caráter competitivo. Melhor concebê-la, todavia, como resultado da fraude, do ajuste, combinação ou outro expediente.

Por outro lado, o autor advoga a tentativa por ser infração plurissubsistente, como na participação societária comum detectada pelo administrador, que, então, inabilita os dois licitantes, impedindo tal modalidade especial de estelionato. Reputa ausente, porém, o dolo, na hipótese de declaração espontânea daquela circunstância, por ocasião da habilitação, embora melhor seja reconhecer a desistência voluntária. Considera crime impossível o expediente criminoso empregado quando é elevado o número de concorrentes. Mais correta, no entanto, é a caracterização da tentativa, pois o meio não é absolutamente ineficaz a *priori*, remanescendo a possibilidade, ainda que remota, da consumação, se ocorrem, por exemplo, várias desistências ou inabilitações. Neste caso, se a perspectiva de êxito pode se concentrar nos dois particulares conluiados, continua viável a frustração da competitividade. O simples número de concorrentes não a assegura, mas sim a inexistência de desiderato ilícito. O tipo, aliás, não conta com nenhuma ressalva neste sentido.

De qualquer modo, o crime exige resultado e é material, embora corrente majoritária o considere formal. Da forma como foi redigido, o tipo contém as condutas (ajuste, simulação ou outro expediente), cujo resultado descrito é a frustração da competitividade. Outros desdobramentos, como contratação, vantagem indevida e prejuízo ao ente da administração seriam exaurimento. O importante é frustrar o caráter competitivo, mesmo na modalidade de fraude, ainda que o agente não obtenha a vantagem indevida. Com efeito, aquela já teria gerado lesão à isonomia e à moralidade. O simples ajuste, desde que presente o intento de frustrar a competitividade, poderia ser considerado tentativa, diferenciando-se a gravidade de cada conduta, segundo sua repercussão para o bem jurídico e à luz dos princípios da lesividade e da proporcionalidade. A rigor, o art. 90, sobretudo por sua abrangência, dispensaria o art. 93, da Lei. A opção exclusiva pelo tipo que exige a frustração do caráter competitivo é mais apropriada à observância da intervenção mínima e à proteção dos verdadeiros bens jurídicos do que qualquer perturbação de ato procedimental, debruçando-se apenas sobre os reais objetivos da licitação e preocupando-se com as principais e sérias violações das regras imprescindíveis para alcançá-los.

7.3 Advocacia administrativa nas licitações

O art. 91, da Lei 8666/93, criou uma modalidade de advocacia administrativa, ao tipificar o ato de patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, provocando especificamente a instauração de licitação ou a celebração de contrato, cuja invalidação venha a ser declarada pelo Judiciário.

Diógenes Gasparini²²⁰ reputa a moralidade o bem jurídico, embora a igualdade e a imparcialidade também sejam resguardadas com a proibição da advocacia administrativa. Por outro lado, Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²²¹ consideram a isonomia o bem jurídico protegido, não obstante a moralidade esteja inegavelmente tutelada. Jessé Torres Pereira Junior²²² inclui o patrimônio na objetividade jurídica, embora não seja o interesse propriamente visado pela norma e sua lesão seja dispensável para consumação. André Guilherme Tavares de Freitas²²³ considera bem jurídico a moralidade e o bom funcionamento da Administração e refuta a assertiva comum na doutrina de que a objetividade jurídica seria a atuação imparcial do servidor, destacando sua inexorável parcialidade na defesa do interesse público perante o privado. Adverte, com razão, à luz da redação integral da norma, que o interesse passível de patrocínio não é apenas o licitatório, podendo recair diretamente sobre a contratação, quando, por exemplo, for direta, ocorrendo dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Este doutrinador classifica o delito como próprio e funcional, compreendendo como elementar implícita a circunstância de se valer da condição de funcionário público ainda que perante outro órgão. Relembra que o patrocínio de interesse privado perante a Administração é lícito e contemplado pelo livre exercício profissional, garantido constitucionalmente, sendo aplicáveis os impedimentos do art. 30, da Lei 8906/94, aos servidores cujas funções sejam compatíveis com a advocacia. Com efeito, a condição de funcionário deve ser efetivamente usada para aqueles fins espúrios. Sujeito passivo é o ente administrativo e não licitantes ou contratantes. Jessé Torres Pereira Junior²²⁴ também afirma que, a despeito de ausente a expressão “valendo-se da qualidade” (art. 321, do CP), o crime é próprio, pois lícita a defesa pelo particular de seu interesse

²²⁰ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 96.

²²¹ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 194.

²²² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 836.

²²³ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 110.

²²⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 836.

junto à Administração. Para Ricardo Antonio Andreucci²²⁵ o servidor é sujeito ativo, mas pode valer-se de interposta pessoa, que responderia pelo mesmo crime, nos termos do art. 30, do CP.

José Paulo Baltazar Junior²²⁶, por sua vez, entende que o crime é comum, com a ressalva de que o procurador do licitante não o pratica, por se cuidar de exercício regular de direito. Forçoso, contudo, compartilhar da opinião de que somente o funcionário público pode ser sujeito ativo. A conduta do particular seria atípica, não cabendo invocar sequer simples excludente. No mais, o conflito aparente entre a norma em apreço e o art. 321, do CP, resolve-se pela especialidade. Não é preciso, contudo, que o servidor use de sua condição, do acesso a dados ou do prestígio junto a colegas para a prática da infração.

Segundo Vicente Greco Filho²²⁷, visando robustecer a defesa da imparcialidade, o tipo exige não apenas a qualidade de servidor, mas o vínculo entre esta e o patrocínio do interesse, ou seja, o agente deve valer-se de sua condição. A necessidade de invalidação faz presumir, em tese, a da ilegitimidade do interesse, remanescendo a possibilidade de configuração da infração do art. 321, do CP, cujo parágrafo qualifica o interesse e, portanto, dispensa que seja ilegítimo no *caput*.

André Guilherme Tavares de Freitas²²⁸ discorda ainda do posicionamento de que o interesse patrocinado deve ser ilegítimo, asseverando que o legislador não fez tal exigência, orientação esta também percebida no art. 321, do CP, ao inserir a ilegitimidade no parágrafo para qualificar o crime. Aduz que a lesão à moralidade independe daquela característica e que o crime deixa de ser de menor potencial ofensivo, quando incide o § 2º, do art. 84, da Lei. Diógenes Gasparini²²⁹ extrai da exigência da invalidação, entretanto, a necessidade de que o interesse particular seja ilegal, ainda que do servidor, restando a aplicação do art. 321, do CP, se for legítimo. Igualmente, na opinião de Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²³⁰, o interesse também deve ser ilegítimo, de sorte a fundamentar a nulidade da licitação ou do contrato. A expressão *cujas invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário* refere-se tanto à celebração do contrato quanto à instauração da licitação (momentos de consumação), embora remeta a

²²⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 485.

²²⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 474.

²²⁷ Op. cit., p. 79.

²²⁸ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 110.

²²⁹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 96.

²³⁰ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 194.

uma circunstância estranha ao tipo do injusto (decisão em outro feito) e prescindível, na verdade, para lesão ao bem jurídico.

Marçal Justen Filho²³¹ pondera que o tipo prescinde da defesa formal do interesse de um particular determinado e que, se não houver licitação ou a invalidação for administrativa, a conduta se subsume ao art. 321, do CP. Reclama-se, no mais, a ciência do vício e não da invalidação. O dolo não abrangia condição objetiva de punibilidade. Jessé Torres Pereira Junior²³² reputa necessária a instauração da licitação, mas dispensa a adjudicação ou celebração do contrato. Não admite a tentativa, porque a execução integral é pressuposto da condição de punibilidade. Não obstante exija que o agente saiba que de sua conduta advirá a instauração da licitação passível de invalidação, o tipo contenta-se com o dolo de patrocinar o interesse, sem mencionar a previsibilidade daquela circunstância extrínseca.

José Cretella Junior²³³ ressalta que, além de o agente valer-se da condição de funcionário, o meio empregado deve ter força para propiciar vitória desleal, a atuação ocorrer em detrimento de outro e não apenas com vontade de alcançar seu objetivo. Menciona julgado que não considerou criminosa mera antecipação de pagamento de obra. Por outro lado, a solicitação oral de algo para um fim privado consuma a infração, independentemente de dano econômico. O mestre destaca, ainda, a possibilidade de crime permanente, se o estado inicial, como o tratamento privilegiado, for mantido. Enfatiza, como espírito da norma, a defesa da igualdade e da supremacia e a indisponibilidade do interesse público perante o privado.

José Paulo Baltazar Junior²³⁴ assevera que o crime depende de dolo específico de representar interesse escuso perante a administração, embora a redação do tipo não contenha tal referência explícita. Adel El Tasse²³⁵ vislumbra elemento subjetivo específico na celebração de contrato, embora figure, na verdade, como elemento objetivo do tipo. Segundo exegese sistemática e até literal, bastam a vontade e a consciência de defender o interesse, inclusive legítimo do particular, constituindo, a ilegitimidade, causa de maior reprovação e a instauração do certame ou a concretização do negócio, o resultado. A rigor, a exigência de interesse ilegítimo melhor conciliaria a aplicação da

²³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 834.

²³² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 836.

²³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*, p. 413.

²³⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 474.

²³⁵ TASSE, Adel El. Op. cit., p. 676.

norma com o princípio da lesividade. Todavia, deveria ter sido descrito no tipo, não cabendo ao intérprete fazer distinção não prevista na lei. Aliás, justamente a diferenciação do parágrafo permite concluir que o legislador havia concebido qualquer interesse particular no *caput*, do artigo.

O resultado deste crime material é a publicação do edital ou a distribuição da carta convite, na modalidade dar causa à licitação, e a assinatura do contrato, na forma de celebração do negócio. Não se confunde com a decisão do Poder Judiciário de invalidação, que constitui, na verdade, condição de punibilidade. Na falta deste fator extrínseco à conduta, a infração, embora consumada pela abertura do procedimento ou concretização do negócio, não seria punível. Não bastaria a invalidação administrativa, à luz do princípio da legalidade.

Para José Paulo Baltazar Junior²³⁶ a consumação ocorre com o trânsito em julgado da sentença de invalidação, não sendo suficiente uma decisão administrativa neste sentido. Em sua opinião, sem a coisa julgada, incidiria o art. 321, do CP, infração esta menos grave. Eventual partícipe particular, deste modo, também não seria punido de forma mais simples e gravosa do que o servidor. Tal entendimento, contudo, conduziria à existência de um crime (art. 321, do CP) até a preclusão dos recursos contra a invalidação e outro (art. 91, da Lei 8666/93), em seguida, o que contraria a boa técnica-jurídica. Ademais, a sentença é condição de punibilidade e não resultado exigido pelo tipo.

Destarte, a redação imperfeita não pode ser contornada com a aplicação ocasional da norma do Código Penal, na medida em que a lei especial pretendeu regular totalmente a advocacia administrativa na seara das licitações. De maneira contraproducente, dificultou a responsabilização do agente, tornando inócua a previsão de resposta mais severa. Restaria envidar esforços para que o esgotamento da via recursal fosse célere e não gerasse a impunidade, sobretudo por força da prescrição.

A propósito, surge controvérsia interessante sobre este ponto, pois se considera a consumação como termo *a quo* do prazo prescricional ou se reconhece o início do seu curso, quando satisfeita a condição de punibilidade. Embora o Código Penal tenha adotado a teoria do resultado para contagem do lapso prescricional, cumpre sustentar que apenas se cogitará de inércia estatal, por ocasião do trânsito em julgado da invalidação judicial, pois, praticado crime em apreço, o Estado ainda não poderia exercer

²³⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 474.

prontamente o *jus puniendi*. Com efeito, somente após a coisa julgada falar-se-á em punibilidade, impondo-se o exercício da pretensão punitiva, sob pena de prescrição. Assim, a exegese sistemática e teleológica das normas deveria prevalecer sobre a aplicação literal – capaz de subverter a natureza do instituto e desprovida de sentido lógico – de regra que jamais contemplaria todas as inimagináveis situações excepcionais. Aliás, não haveria sentido na contagem do prazo, sem a possibilidade de suspensão ou interrupção. Eventual denúncia, por exemplo, não poderia ser recebida, antes da invalidação definitiva, cuja demora, agravada pelo número de atos processuais e recursos disponíveis aos litigantes, fatalmente superaria o exíguo prazo prescricional ditado pela pena cominada para a infração. Em suma, se se reputasse em curso tal lapso, desde a consumação e antes do trânsito em julgado da invalidação, restaria ao juiz, na fase de admissibilidade da acusação, reconhecer a prescrição.

Outrossim, forçoso compreender que aquela invalidação deve estar relacionada com a advocacia administrativa. Se decorre de outros fatores, ainda não está satisfeita a condição de punibilidade. Extraíndo-se a *mens legis*, é compreensível o interesse do legislador na certeza prévia de que o vício provocado pelo agente maculou, efetivamente, a instauração da licitação ou a celebração do contrato. A interpretação razoável do dispositivo permite vislumbrar o liame do pronunciamento judicial com estes dois fatos, em consonância com o emprego da expressão “cuja”, sem ressalva, e com o cuidado indistinto e excessivo do legislador, que, no afã de propiciar segurança jurídica, tornou o preceito inaplicável, na prática. Ronny Charles Lopes de Torres²³⁷ adverte, ademais, que a invalidação administrativa não basta para configurar a infração.

Outrossim, na lição de André Guilherme Tavares de Freitas²³⁸ a forma livre da infração contempla o patrocínio implícito ou verbal, sendo prescindível, por outro lado, a alusão expressa, pelo tipo, à indireta, diante do disposto no art. 29, do CP. Trata-se de crime material, pois está descrito o resultado naturalístico consistente na instauração de licitação e celebração de contrato. A má técnica legislativa, no seu entender, abandonou a utilidade da distinção entre tentativa e consumação. Não diferenciou etapas distintas da investida contra o bem jurídico tutelado, em detrimento da otimização dos princípios da proporcionalidade, culpabilidade, ofensividade e intervenção mínima.

²³⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 389.

²³⁸ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 117.

A licitação constituiria, a rigor, fase logicamente antecedente da celebração do contrato. Provocar sua instauração é muito diferente e menos reprovável do que dar causa ao contrato inválido. A primeira conduta deveria ter sido considerada na modalidade tentada, concebendo-se a adjudicação como lesão mais intensa ao bem jurídico, o que permitiria distinguir a gravidade das condutas, em relação ao dano provocado, mormente ao erário. Outrossim, a inserção do resultado e da condição de punibilidade no tipo tornou irrelevante penalmente e inviável a tentativa, porque a necessidade da invalidação pressupõe a realização do contrato ou da licitação. Enfim, foram equiparados estágios diferentes de ofensa ao bem protegido e desprezados outros, não obstante animados pelo dolo e reprováveis.

De qualquer modo, de acordo com o texto normativo, não se admite sequer a tentativa, uma vez que o delito está condicionado à invalidação do contrato ou da licitação. Segundo a doutrina predominante, o crime é material, reclamando resultado naturalístico para a consumação; instantâneo; próprio; comissivo; de forma livre; unissubjetivo; plurissubsistente e de menor potencial ofensivo.

André Guilherme Tavares de Freitas²³⁹ observa que a condição objetiva de punibilidade consistente na invalidação do ato pelo Judiciário não diz com a consumação anterior e não foi prevista para restringir o interesse rechaçado ao ilegítimo. Realmente, se este fosse o intuito do legislador, bastaria ter qualificado o interesse. Alerta para a dificuldade de verificação da tipicidade, se se considerasse a invalidação como elementar do tipo e seguisse a opinião de Jessé Torres Pereira Junior, de sorte a reclamar que tal desdobramento estivesse ao alcance do dolo do agente.

Por outro lado, ele não equivale, propriamente, a uma condição de procedibilidade, como propugna Paulo José da Costa Jr., mas de punibilidade, por estar inserido no tipo e guardar pertinência com as restrições à reprovação penal, como opção de Política Criminal. A inviabilidade da persecução seria apenas consequência procedimental desta ausência de punibilidade especial. Nesta linha de pensamento, o legislador teria optado, na falta da invalidação e, por conseguinte, de prejuízos maiores à Administração, pela resposta mais branda do art. 321, do CP. Realmente, esta exegese e a compreensão da infração de advocacia administrativa subsidiária atenderiam aos princípios constitucionais e penais outrora invocados, inclusive da isonomia, proporcionalidade e proteção do bem jurídico, evitando um vácuo normativo

²³⁹ Idem, p. 110.

injustificável. Reitera-se apenas a ressalva sobre a dificuldade dogmática de conceber duas infrações separadas pelo trânsito em julgado da invalidação judicial.

A referida condição objetiva de punibilidade, assim como a sentença declaratória da falência para os crimes falimentares, propiciaria, em tese, certeza do vício e do desinteresse do negócio para o erário. Não é indispensável, contudo, recorrer a elementos exógenos para evitar que a responsabilização criminal decorra de mera reprovação moral da conduta e para satisfazer exigência de probabilidade da lesão, como deve ser a regra em uma legislação penal não inflacionada, valorizada e orientada pelos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, com vistas à proteção de bem jurídico.

Embora a norma não tenha exigido expressamente o trânsito em julgado da decisão de invalidação, vários autores o reputam necessário, diante do risco de prejuízos irreversíveis ao denunciado, como o cumprimento de transação, na hipótese de reforma e carência superveniente da condição de punibilidade. Com efeito, tal solução é mais sensata e comedida do que adequada às diretrizes de Política Criminal, não sendo confrontada, de qualquer modo, pelo argumento de risco da prescrição, cujo prazo se iniciaria somente depois de satisfeita a condição, segundo esta corrente de pensamento.

José Cretella Junior²⁴⁰ entende que o art. 91, da Lei 8666/93, contraria os postulados do Direito Penal, pois não há crime dependente de condição exógena, como, por exemplo, de decisão externa do Poder Judiciário. A invalidação não poderia, portanto, ter constado do tipo. De qualquer sorte, na sua falta, em sua opinião, haveria advocacia administrativa do art. 321, do CP, não se podendo admitir que o patrocínio de interesse privado em licitações restasse atípico, como propugnam alguns, tão somente por não ter ocorrido a mencionada invalidação, sobretudo por força de circunstâncias alheias à potencialidade lesiva da conduta, enquanto o patrocínio em contextos muito menos relevantes para a Administração continuaria recebendo resposta penal.

Érika Mendes de Carvalho²⁴¹ afirma que parte da doutrina refuta a constitucionalidade das condições impróprias da punibilidade – para os alemães – ou condições intrínsecas de punibilidade – para os italianos – por ofensa ao princípio da culpabilidade e por exclusão do âmbito do erro ou da culpa e, por conseguinte, das regras de erro de tipo. Alguns defendem, então, que para responsabilização pessoal a condição

²⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*, p. 409.

²⁴¹ CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delicto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 125.

deve ser realizada pelo agente ou integrar a sua representação, se efetivada por terceiro, além do tratamento das extrínsecas como processuais, pois ambas decorreriam de política criminal, enquanto aquelas intrínsecas à própria ordem jurídica ou impróprias não teriam razão para existência autônoma, quando bastariam elementos do tipo sujeitos ao dolo, sobretudo para fiel observância da culpabilidade e da presunção de inocência. Assim, criticam-se os delitos de mera suspeita, como a rixa qualificada e a extensão objetiva da agravação da quadrilha armada a todos participantes.

Há controvérsia acerca da necessidade de compreensão da condição pelo dolo ou culpa e da suficiência da conduta de risco, menos grave que a infração de dever objetivo de cuidado. Para esta última posição, ao saber que a conduta gera um perigo ao bem, o agente mereceria a reprovação e não se cogitaria de infração ao princípio da culpabilidade. Ainda neste diapasão, as condições fundamentariam o tipo do injusto e apenas por razões político-criminais não estariam abarcadas pelo dolo, de sorte a facilitar a aplicação da norma penal. Tal ideia, porém, não seria aplicável às condições próprias, pois são alheias ao injusto, falecendo relevância ao erro sobre estes elementos.

As impróprias, enfim, sofrem críticas por não serem verdadeiras condições de punibilidade nem elementos do tipo do injusto alcançados pelo dolo, atentando contra a responsabilidade penal subjetiva. No tipo em apreço, de outro giro, o legislador parece ter criado verdadeira condição de punibilidade, na medida em que a invalidação judicial é fator extrínseco à conduta e necessário apenas à punição e não à caracterização da infração. Forçoso rechaçar, na realidade, o deslocamento de componente do fato para o âmbito da punibilidade, o qual dispensa a incidência do elemento subjetivo. Érika Mendes de Carvalho expõe conclusão no sentido de que tal expediente violaria o princípio da culpabilidade e a dignidade da pessoa humana.

Vicente Greco Filho²⁴² pondera que a invalidação pode decorrer de outro motivo ou não ocorrer, sendo impossível a certeza de tal elemento pelo autor. Por implicar responsabilidade objetiva, conclui pela inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa à legalidade e à culpabilidade. Lembra que, se o indivíduo ingressa na Administração e prossegue na intermediação, comete o delito. Embora seja natural reputá-lo consumado com a instauração da licitação ou realização do contrato, o aludido doutrinador considera a invalidação um elemento do tipo e não condição de punibilidade, até mesmo por estar expresso em sua própria redação e não em outro trecho normativo. Em contrapartida,

²⁴² Op. cit., p. 79-84.

entende que não é resultado que possa deixar de ocorrer por circunstância alheia à vontade, não cabendo, pois, a tentativa. Por fim, reconhece o concurso material se o patrocínio levou à dispensa ilegal do contrato ou à corrupção.

Diante das divergências expostas, compartilha-se do entendimento de que o crime é próprio, pois do particular não se exige a abstenção da defesa de seu interesse; que o servidor deve se valer desta condição, ainda que perante outro órgão; que o interesse pode ser legítimo, embora seja necessária a invalidação para punibilidade, não se confundindo a execução com a aplicação da pena; que o dolo é genérico, não tendo de recair sobre a condição objetiva de punibilidade; que o delito é material, consumando-se com instauração da licitação ou celebração do contrato, e que a tentativa é impunível, na medida em que a invalidação depende da consumação.

7.4 Modificação ilegal de contratos licitados

O art. 92, da Lei de Licitações, dispõe que é crime admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, sem autorização em lei, ato convocatório ou instrumento contratual, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica, observado o art. 121, do mesmo diploma legal. O parágrafo comina a mesma pena ao contratado que, concorrendo para a ilegalidade, obteve vantagem indevida ou se beneficiou injustamente das modificações contratuais.

Para fins de Política Criminal, o tipo surge, em tese, para o combate aos expedientes comumente adotados por servidores ou agentes políticos em conluio com particulares para majoração dos lucros destes últimos ou preservação de negócios vantajosos, muitas vezes mediante comissão e sob os pretextos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, de necessidade premente das respectivas obras ou serviços para o interesse público, de falta de condições ou de tempo hábil para providências necessárias a uma nova licitação. Vale dizer, segundo a melhor exegese, nos motivos normalmente invocados deve ser perquirido o dolo de locupletar indevidamente o particular e/ou de causar dano ao erário, embora tais elementos não constem expressamente do *caput* do artigo, como seria apropriado à efetivação dos princípios da lesividade e da intervenção mínima.

A modificação, mormente a prorrogação, desprovida de autorização ou pagamento antecipado pode decorrer, realmente, da preocupação em manter o suprimento da administração. Neste caso, embora ilegal, não teria a mesma gravidade e reprovação daquela movida por interesses escusos e não representaria equivalente grau de ofensa ao bem jurídico, principalmente à moralidade, de sorte a desafiar idêntica intervenção penal. Deveria e poderia ser objeto dos demais ramos do direito. Enfim, mais apropriada teria sido a descrição explícita, no tipo, do fim específico de propiciar vantagem indevida ou prejuízo ao ente administrativo.

Destarte, se a prorrogação recai sobre contrato celebrado nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não havendo, então, motivo para exigí-la, não se cogita do crime. De qualquer maneira, o ato ou pagamento desprovido de respaldo legal, por si só, pode não estar orientado pelo desiderato de lesar ou ameaçar os bens jurídicos tutelados, falecendo legitimidade à intervenção penal. A rigor, aliás, o tipo autônomo não seria indispensável à proteção das licitações. No período destinado à abertura de nova licitação, a prorrogação já estaria contemplada pela infração de dispensa ou inexigibilidade ilícita do certame. Na fase de execução do contrato, a alteração espúria ou concessão ilegal de vantagem, que contemplaria o pagamento adiantado, a par de justificar o agravamento da responsabilização administrativa, poderia configurar crime contra o patrimônio ou contra a Administração, estando presente o respectivo dolo.

Em suma, a previsão da infração do art. 92, da Lei, não era imprescindível para cumprir o comando constitucional implícito, assim como a figura específica da advocacia administrativa do art. 91, do mesmo diploma. Refletem a preocupação desmedida do legislador em oferecer respostas simbólicas a um problema recorrente, com significativa repercussão pública, ainda que mediante tipificação de condutas já passíveis de enquadramento penal e de quaisquer outras indireta e aleatoriamente relacionadas ao objeto de tutela, sem boa técnica, sem critérios lógicos e precisos para diferenciação entre fatos na descrição típica em consonância com o nível de ofensividade ao bem jurídico.

Outrossim, a estratégia adotada, na criação deste artigo, mostrou-se assistemática, a par de violar o princípio da codificação, pois a proteção pontual do patrimônio da pessoa jurídica destinatária da prestação do serviço, mercadoria ou obra, após a concretização do negócio, não está diretamente voltada à preservação da moralidade e da isonomia no bojo das licitações.

Registradas as críticas à existência, forma e conteúdo de mais este preceito, resta propugnar por interpretação condizente com os princípios constitucionais e postulados do Direito Penal Moderno. Assim, na expressão vantagem “em favor do adjudicatário” deve ser vislumbrada a exigência de finalidade de favorecimento e locupletamento ilegítimo para todas as condutas do tipo. Não basta a alteração contratual ou pagamento precoce destituído de respaldo contratual ou legal. Deve ter sido provocado por agente imbuído de má-fé, com a consciência e vontade de atentar contra o bem jurídico tutelado, sob pena de se desprezar a imposição de lesividade e de culpabilidade para intervenção penal. É preciso que esta reprovação severa e excepcional, *como ultima ratio*, recaia sobre todos os elementos objetivos e subjetivos.

Neste sentido, a redação do parágrafo é clara, pois o contratado somente pratica a infração penal, se tiver obtido vantagem indevida com a modificação e concorrido para a consumação da ilegalidade. Procede, a propósito, a crítica de doutrinadores acerca do uso inadequado do termo adjudicatário na cabeça do artigo. Ao pressupor contrato em andamento, a norma refere-se, na verdade, ao contratado. Tal interpretação sistemática e teleológica coaduna-se com o parágrafo do preceito e deve prevalecer sobre a exegese gramatical. Assim, nos casos do art. 81, da Lei (recusa em subscrever ou retirar o instrumento), não havendo assinatura do contrato, não seria praticado o delito. A punição do pagamento doloso fora da ordem cronológica, por sua vez, resguardaria a impessoalidade e a moralidade da Administração, além da isonomia substancial e do patrimônio da administração.

Diógenes Gasparini²⁴³ considera a moralidade o bem jurídico tutelado. José Paulo Baltazar Junior, pressupondo a instrumentalidade do tipo em relação ao art. 41, da Lei 8666/93, identifica o bem jurídico com a proteção do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, na medida em que outros interessados poderiam ter deixado de concorrer ou ter perdido a disputa, porque justamente ofereciam condições semelhantes àquelas propiciadas, posteriormente, pela indevida alteração do contrato. Tal raciocínio confere alguma coerência e correlação entre os crimes deste artigo e o objeto específico da lei, qual seja, as licitações e não propriamente as execuções de contratos administrativos. Entretanto, funda-se em conjecturas (outros teriam participado e vencido o certame, se presentes as condições supervenientes). Ademais, na realidade, a tutela penal recai, em última instância, sobre a moralidade e a isonomia. Vale dizer, estes são valores

²⁴³ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 109.

considerados essenciais pela Constituição, sendo que outros instrumentos ou postulados propícios à sua efetivação, como a vinculação ao edital, são adotados pela lei ordinária, mas não como finalidade última, e gozam de proteção secundária e suficiente no âmbito do Direito Administrativo.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁴⁴ compreendem a competitividade e a impessoalidade como bens jurídicos, enquanto Jessé Torres Pereira Junior²⁴⁵ prestigia a tutela do patrimônio, afirmando que nas três primeiras modalidades há despesa pública, embora esta seja despicienda, na verdade, para caracterização do delito. Vicente Greco Filho²⁴⁶ considera bem jurídico a moralidade e a necessidade de cumprimento estrito dos contratos e sujeito passivo, o Estado, personificado na Administração, e os credores, no delito de pagamento invertido.

Entendimento mais exato é de que o tipo penal resguarda, prioritariamente, a moralidade administrativa, sobretudo na execução dos contratos. A igualdade também seria assegurada, reflexamente, na medida em que se evitaria a frustração dos objetivos da licitação realizada, como no exemplo dos aditivos na execução da proposta, supostamente mais vantajosa à época da apresentação, para readequação aos valores de mercado. Ora, nenhum licitante pode gozar de privilégio ilegítimo consistente na possibilidade de rever em seu benefício uma proposta imbatível e irreal, após a vitória.

As condições para alteração estariam previstas no edital e na lei, ao alcance de todos, representando elemento normativo subjetivo atinente a uma justificação, de sorte a tornar atípica a conduta, segundo respeitável posição doutrinária. O pagamento fora da ordem cronológica, por sua vez, encontraria no art. 5º, da Lei 8666/93, uma causa excludente da ilicitude para parte da doutrina. Mais correta, porém, a conclusão pela atipicidade por falta do dolo de favorecer outrem, consoante razões já expostas sobre a lesividade e culpabilidade.

A norma em estudo poderia até prescindir da referência à falta de autorização em lei, no ato convocatório ou no instrumento contratual, pois estes dois também estão lastreados naquela, bastando alusão à ausência de previsão legal. Tal redação resultaria mais enxuta e clara, pressupondo o princípio da legalidade estrita, segundo o qual a Administração somente faz o que a lei ordena. André Guilherme Tavares

²⁴⁴ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 196.

²⁴⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 840.

²⁴⁶ Op. cit., p. 91.

de Freitas²⁴⁷, outrossim, assevera que a prorrogação vedada no ato convocatório ou instrumento contratual, ainda que legal, pode configurar crime, assim como a prorrogação admitida naqueles atos não é livre, estando subordinada ao art. 57, da Lei de Licitações. As normas aplicam-se subsidiariamente ao que foi convencionado. Destarte, a regra é a não modificação, salvo nas hipóteses albergadas expressamente pela lei. No silêncio dos instrumentos, incidem o art. 57, da Lei de Licitações, e o art. 65, do mesmo diploma, com relação à possibilidade de vantagem para o adjudicatário.

Na realidade, a previsão explícita de elemento subjetivo específico relacionado à vantagem indevida seria suficiente e apropriada à melhor delimitação da intervenção penal. Se presente, aliás, não se cogitaria, logicamente, de amparo legal para a alteração ou pagamento. Contemplaria ainda as reprováveis modificações que, embora formal e aparentemente autorizadas por lei, não corresponderem de fato aos motivos. É muito comum invocar-se falsamente uma previsão normativa e conferir-se roupagem jurídica a uma ilegalidade substancial. De outro giro, o elemento subjetivo não estaria presente nas hipóteses do art. 56 e 57, da lei, resultando em atipicidade, solução muito mais apropriada às diretrizes dogmáticas e de política criminal do que o reconhecimento de meras excludentes.

De qualquer sorte, sendo a falta de autorização legal um dos elementos do tipo, para a doutrina majoritária, as hipóteses do art. 56 e 57, da Lei, já conduziriam à atipicidade da conduta e não simplesmente à exclusão da ilicitude. O favorecimento do adjudicatário também é imprescindível. O parágrafo exige ainda a vantagem indevida. Em cotejo com os princípios da legalidade e da intervenção mínima, a redação do texto normativo não permite responsabilizar penalmente o particular que não foi propriamente contratado e que não experimentou vantagem indevida.

Hely Lopes Meirelles²⁴⁸ entende que o crime do *caput* é próprio, pois passível de cometimento apenas pelo servidor competente para a modificação do negócio ou pagamento do preço. Convence, a propósito, a opinião de Paulo José da Costa Jr.²⁴⁹ no sentido de que a participação do contratado somente pode ocorrer nos termos definidos pelo parágrafo do dispositivo. Se o legislador pretendesse incriminar qualquer forma de

²⁴⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 121.

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 187.

²⁴⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*, p. 32.

concurso para as condutas do *caput*, não teria criado o parágrafo que delimitou a responsabilidade do particular.

Marçal Justen Filho²⁵⁰ assevera que há crime também quando a vantagem está prevista na convocação ou na Lei, mas é concedida sem preencher todos os requisitos. Por outro lado, quanto ao pagamento fora da ordem cronológica, ressalva que pode ser justificável, como aquele causado por incidentes orçamentários. Nesta linha de ideias, reitera-se a importância do dolo e do intuito de favorecer indevidamente um particular, embora não explícito na redação do texto normativo. Ora, sua exegese teleológica, à luz do princípio da lesividade, somente autoriza o reconhecimento da infração com estes contornos. A propósito, o autor invoca julgado do STJ que elege, como norte da interpretação do tipo, o art. 5º, do respectivo diploma legal. No mesmo sentido, observa-se que o particular somente responde criminalmente, se tinha consciência da ilicitude de seu pleito ou houve emprego de outro expediente apto a causar dano à coisa pública, não bastando a defesa de situação mais vantajosa.

Diógenes Gasparini²⁵¹ esclarece que os crimes do artigo 92, da Lei de Licitações, são comissivos, somente admitindo hipóteses de omissão, na modalidade de possibilitar a modificação. Aduz que não importa a natureza da formalização (carta-contrato, nota de empenho, termo ou outro instrumento, na forma do art. 62, da Lei), mas a fase de execução do negócio. André Guilherme Tavares de Freitas²⁵², contudo, entende que os delitos de admitir e de possibilitar podem ser comissivos ou omissivos, enquanto o de dar causa somente é praticado na modalidade comissiva, reclamando posição ativa do servidor e açambarcando, na verdade, aqueles dois verbos, mesmo na hipótese de concorrência de causas. Entende, então, que o texto deveria conter apenas a conduta de dar causa, embora lhe recuse a modalidade omissiva, o que ensejaria um vácuo injustificado de punibilidade. Para referido autor dois crimes diferentes (modificação contratual e pagamento ilegal) foram reunidos no mesmo tipo, ensejando concurso de infrações, ainda que atinentes a um só contrato. Com efeito, o agente estaria incurso por duas vezes no mesmo dispositivo penal. A primeira modalidade, contudo, contempla três condutas alternativas, que se realizadas cumulativamente, no mesmo contexto, caracterizam delito único.

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 835.

²⁵¹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 106.

²⁵² FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 121.

Vicente Greco Filho²⁵³ salienta que apenas a modalidade de admitir é omissiva, mas afirma que a infração do *caput*, sem ressalvas, é de resultado, qual seja, a alteração, comportando tentativa. Em todas vislumbra somente dolo genérico. De outro giro, como a vantagem prevista no *caput* é a mera modificação, o enriquecimento ilícito do agente poderia ensejar concurso material, como na corrupção. Segundo Vicente Greco Filho²⁵⁴, o tipo é misto cumulativo, sendo autônomos a alteração contratual e o pagamento ilegal. O art. 65, da Lei, prevê alterações unilaterais da Administração ou por acordo, enquanto o art. 57 contém a duração e as prorrogações admitidas, sem prejuízo daquelas previstas na convocação, mas nas condições originais do negócio. Não se prescinde para tanto de procedimento, fundamentação da decisão e previsão no plano plurianual. Para serem criminosas, contudo, além de ilegais, devem favorecer o contratante.

Quanto ao pagamento, o doutrinador observa que a ordem cronológica diz com cada fonte diferenciada de recursos, pois a verba é empenhada em despesas classificadas distintamente, e em cada unidade administrativa, concebida como competente para determiná-lo, a despeito da má redação do dispositivo, que não soube reproduzir o sentido do art. 100, da CF. Impondo-se, então, a conjugação do art. 92, com o art. 5º, da Lei, preconiza a ordem de apresentação, desde que exigível, e ressalva a justa causa para mudança da ordem, que não se coadunaria com a antijuridicidade. Pode-se, porém, concluir por atipicidade por falta de dolo. O professor chama atenção, ademais, para as empresas que trabalham no regime privado de caixa, quando os critérios devem ser específicos para aferir a preterição.

Jessé Torres Pereira Junior²⁵⁵ considera o crime próprio e o tipo misto alternativo, havendo infração única na realização de todas as condutas, que interessariam, então, à dosimetria da pena. Diferencia a admissão da modificação, pois a cargo do ordenador de despesas ou agente competente para decisões sobre o contrato, da omissão que a possibilita, passível de cometimento por outro servidor, como, por exemplo, aquele que silencia sobre a percebida superação dos limites do § 1º, do art. 65, da Lei. Aduz que a concessão de vantagens ao terceiro, ao adjudicatário ou sem que esteja em curso a execução do contrato não se subsume ao tipo, embora também devesse ser coibida, restando eventualmente o peculato, a corrupção ou prevaricação. O autor ressalta que o pagamento de acordo com as exceções à ordem cronológica previstas na parte final do art.

²⁵³ Op. cit., p. 86-93.

²⁵⁴ Op. cit., *ibidem*.

²⁵⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 840.

5º, da Lei, é atípico. Quanto ao crime do parágrafo, esclarece que o tipo é misto alternativo, incidindo em apenas uma infração, o agente que obtém vantagem indevida e beneficia-se de modificação contratual.

Na realidade, a prorrogação, salvo autorização legal, do instrumento convocatório ou contratual, nos termos do art. 57, § 1º, da Lei, já seria uma forma de modificação vedada, tendo o texto normativo feito apenas referência explícita a um dos mais comuns exemplos de infração, no curso do contrato, capaz de desvirtuar os limites da licitação original e impedir a realização da subsequente. Todavia, como a lei não pode conter palavras inúteis e a redação deve ser precisa, melhor teria sido a simples e objetiva previsão do gênero modificação, sem exemplos aleatórios de suas espécies.

No mesmo diapasão, como o tipo pressupõe a execução do negócio e, por conseguinte, a contratação do adjudicatário, este é beneficiado pelo crime na condição de contratado e não por força, exclusiva, direta e especificamente, da adjudicação ou da licitação. A propósito, a expressão em seu *favor* e a alusão a uma das hipóteses de favorecimento, mais precisamente ao pagamento antecipado, condiciona a consumação do crime à obtenção de vantagem, segundo a melhor exegese.

No tocante ao pagamento, André Guilherme Tavares de Freitas²⁵⁶ pondera que, excepcionalmente, a Administração pode desrespeitar a ordem de faturas por razões relevantes de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, e que o critério cronológico orienta internamente cada fonte pagadora, descabendo a comparação entre fontes distintas de recursos. Relembra que o mero executor da ordem, como o caixa do banco, não é o autor, por não estar investido do poder decisório. Em sua opinião, sendo plurissubsistente, a infração admite a tentativa, inclusive da espécie omissiva, sendo menos evidente na primeira modalidade, por ser formal, do que na do pagamento, cujo resultado naturalístico orienta a consumação.

A expressão *fatura*, por sua vez, foi empregada no sentido amplo, como qualquer documento de crédito contra o Poder Público. Não obstante o defeito de técnica legislativa, a compreensão restritiva da redação violaria a razoabilidade, carecendo de fundamento para a distinção em relação a outros instrumentos semelhantes para fins de incriminação. Sem tal interpretação teleológica e sistemática, diversos títulos dispensariam, injustificadamente, a observância da ordem cronológica, o que não se

²⁵⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 121.

coaduna com o regime de pagamento pelo Estado, segundo a orientação e fiscalização dos Tribunais de Contas, e os princípios norteadores da Administração Pública. Incabível, assim, invocar a exegese literal, desprovida de sentido lógico e jurídico, sob o argumento de respeito à legalidade e à taxatividade. Cumpre observar, ademais, que, neste pagamento criminoso, os credores preteridos também seriam sujeitos passivos, segundo a doutrina predominante, independentemente do instrumento.

André Guilherme Tavares de Freitas²⁵⁷ relembra que a Lei 8.883/94 substituiu a expressão “apresentação” por “exigibilidade” para que o teor do art. 92, da Lei de Licitações, corresponda ao do art. 5º, do mesmo diploma, que estipula os critérios de pagamento pela Administração, prestigiando o crédito exigível, após o cumprimento da prestação pelo particular, e não se contentando com mera apresentação do título. Para o autor, o parágrafo único estabelece uma condição objetiva de punibilidade para o particular responder pela modificação contratual e não um delito autônomo. Por não alcançar o pagamento fora da ordem cronológica, a condição não se aplicaria à pessoa física, que responderia pelo delito principal tão somente na forma do art. 29, do CP.

Esta interpretação, embora sedutora, distingue situações semelhantes, sem justificativa razoável e plausível. A existência de outro sujeito passivo, qual seja, o particular preterido pelo pagamento antecipado não guarda relação lógica com a restrição à punibilidade (exigência de vantagem indevida) somente de quem cometeu outra espécie de alteração indevida das condições contratuais. A alusão, no parágrafo, às modificações inclui a de pagamento fora da ordem prevista, consoante exegese teleológica e sistemática. O legislador não almejou e não tinha razões plausíveis para exigir vantagem indevida somente do interessado na alteração e não no pagamento antecipado.

José Paulo Baltazar Junior²⁵⁸ entende que somente o servidor competente para a decisão sobre a modificação ou pagamento responde pelo crime e que é indispensável favorecimento ao contratado. Desde que almejada, se não for obtida, a mudança realizada caracteriza tentativa. Quanto ao pagamento antecipado, destaca a violação do disposto no art. 5º e no art. 121, da Lei, as quais seriam normas complementadoras. Mais uma vez, percebe-se o emprego desnecessário de norma penal em branco, que deve ser excepcional em prol do princípio da legalidade, especialmente na vertente da taxatividade. A preconizada inclusão do elemento subjetivo específico, aliás,

²⁵⁷ Idem, *ibidem*.

²⁵⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op. cit.*, p. 475.

dispensaria a remissão a outras normas para constatação da preexistência de autorização. André Guilherme Tavares de Freitas²⁵⁹ reproduz, no mesmo diapasão, críticas que fez a outras normas penais em branco do diploma, sob a égide da taxatividade.

José Paulo Baltazar Junior²⁶⁰ vislumbra, outrossim, exceção dualista à teoria monista do concurso de crimes, no parágrafo em que está prevista a conduta do particular relacionada à conduta do servidor. No seu sentir, as duas infrações do parágrafo do dispositivo, por outro lado, são comuns, por não exigirem qualidade especial do agente, embora se depreenda do texto, na verdade, o desiderato de responsabilizar o contratado e não qualquer pessoa. Para José Paulo Baltazar Junior²⁶¹ as condutas são comissivas e materiais, consumando-se com a obtenção da vantagem indevida pelo particular ou do benefício decorrente da alteração contratual. Parte da doutrina preconiza, por sua vez, o dolo específico de persegui-los.

No mais, a tentativa é possível em qualquer das condutas típicas do artigo, salvo na forma omissiva de possibilitar a modificação. Por outro lado, os elementos normativos *indevido* e *injusto*, embora não sejam ideais à certeza absoluta e imediata do alcance da norma, em prol da taxatividade, permitem alguma flexibilidade na interpretação, ressaltando da incidência do tipo as modificações justificadas no caso concreto.

A posição minoritária na doutrina exige lesão ao erário público, mas a majoritária pondera que este não é o único bem tutelado, não se devendo olvidar da probidade, afrontada pelo desiderato de desprezar princípios administrativos fundamentais, independentemente do exaurimento e do prejuízo econômico para a Administração. Na lição de André Guilherme Tavares de Freitas²⁶², a lei considera vantagem a própria contratação, mesmo que não haja superfaturamento ou outro ganho ilícito. Não precisaria ser indevida, bastando para o *caput*, por exemplo, a compra de quantidade maior, mediante pagamento do preço justo pela Administração, enquanto para o cometimento do crime pelo particular, o parágrafo exige que a vantagem seja ainda indevida. De outro giro, se além de ilícita, for indevida, a vantagem pode revelar outro crime do servidor, como peculato ou corrupção em concurso material. A proibição em apreço alcança, segundo referido doutrinador, contratos privados do Poder Público, nos

²⁵⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 135.

²⁶⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 475.

²⁶¹ Idem, ibidem.

²⁶² FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 129.

termos do art. 62, § 3º, I, da Lei de Licitações, sendo claramente perceptível a extensão dos princípios de Direito Público que fulminou as diferenças essenciais entre os dois regimes na maior parte dos negócios.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁶³ fazem interessante distinção entre alterações expressas e tácitas, citando como exemplo desta última a anuência da autoridade com a substituição de ônibus por *vans* no transporte de alunos. Relembrem, contudo, que se favorecem a Administração, não há delito, e que esta, em contrapartida, não pode invocar alteração unilateral sem benefício ou fundamento. Os referidos autores, no tocante ao crime do parágrafo único, entendem que o pedido de prorrogação ou modificação ilegal já seria conduta típica, porque a inexecução parcial ensejaria rescisão, ressarcimento e multas contra o particular. Convence mais, no entanto, a orientação antes propugnada no sentido de que a vontade e a consciência do locupletamento ilícito e da lesão ao bem jurídico são essenciais, sob a égide dos princípios da culpabilidade, ofensividade e intervenção mínima.

Para Ricardo Antonio Andreucci²⁶⁴ o crime é formal, mas o do parágrafo, material, sendo possível a tentativa em qualquer modalidade. Enfim, posição mais convincente é no sentido de que a consumação do delito do *caput* do artigo analisado ocorre com a obtenção da alteração vantajosa, que não exige lucro espúrio, ganho imprevisto ou desprovido de contraprestação. A vantagem ou locupletamento é aquele inerente ao próprio privilégio do prosseguimento ou da modificação do contrato ou ao recebimento antecipado, fora das hipóteses preexistentes. A infração do parágrafo, por sua vez, consuma-se com a obtenção da vantagem indevida.

Vicente Greco Filho²⁶⁵ entende que o particular é privilegiado pelo parágrafo, pois não responde pelo *caput*, ainda que concorra com o servidor, e pode não incorrer no crime, por falta de vantagem indevida. Enquanto a infração da cabeça do artigo é de perigo, a do parágrafo é de dano. Com razão, adverte que esta ressalva não se aplica ao pagamento ilegal, pois o parágrafo se refere apenas à primeira modalidade (alteração contratual).

²⁶³ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 197.

²⁶⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 486.

²⁶⁵ Op. cit., p. 74.

André Medeiros do Paço²⁶⁶ ressalva o poder-dever da administração de modificação unilateral para a consecução do interesse público, a qual não basta ser invocada, sem correspondência com a realidade, para dissimular modificação vedada. O ilustre Promotor de Justiça, contudo, confidencia jamais ter se deparado, na atividade forense especializada na matéria, com a maior parte dos crimes da lei, sendo mais comum o emprego de expedientes, neste campo, para execução do peculato desvio. Este testemunho condiz com a proposta de aperfeiçoamento da tutela penal, mediante incremento da responsabilização por condutas graves e lesivas ao bem, conjugada com a submissão das demais infrações ao Direito Administrativo Sancionador, sem prejuízo da intensificação do respectivo controle pelos mecanismos legais existentes, como a atuação dos Tribunais de Contas.

Marçal Justen Filho²⁶⁷ defende a aplicação do preceito restrita às condutas realizadas após 9 de junho de 1994, não obstante a ressalva da Lei 8883/94 quanto ao disposto no art. 121, da Lei de Licitações. Relembra, por fim, que o art. 5º, da Lei 9648/98, criminalizou o descumprimento do prazo de cinco dias para pagamento de dívidas de menor valor no âmbito da União, revelando a sanha legislativa pela criação de delitos, sem observância do princípio da intervenção mínima e da necessidade de proteção de bem jurídico.

7.5 Perturbação de ato de licitação

As condutas de impedir, perturbar e fraudar ato de licitação estão tipificadas no art. 93, da Lei 8666/93. Era despicienda a inclusão da fraude de ato licitatório na norma, pois esta também alcançaria o próprio procedimento e, em última análise, já estaria contemplada pelos arts. 90 ou 96, da Lei. Certamente a fraude de um ato repercutiria sobre os subsequentes ou o conjunto. Caso contrário, não seria relevante para o bem jurídico.

A perturbação ou o impedimento, outrossim, deveria ser considerado apenas ato preparatório ou tentativa de infração mais grave, como, por exemplo, da fraude à licitação, da frustração de competitividade. Na forma de exclusão de licitante, por sua vez, já seria constrangimento ilegal. A execução da infração em apreço poderia coincidir,

²⁶⁶ PAÇO, André Medeiros do. Op. cit., p. 350.

²⁶⁷ Op. cit., p. 836.

ainda, com o devassamento de proposta, a admissão de inidôneo, a advocacia administrativa, a alteração de cadastro de licitantes ou outras condutas já previstas em tipos penais preexistentes. De alguma forma, tais comportamentos também perturbam ou impedem variegados atos de licitação. Para a lei são os mais relevantes e comuns, tendo sido, por conseguinte, tipificados. Os demais, a rigor, não o seriam ou estariam açambarcados aleatoriamente por esta cláusula geral e excessivamente aberta, inapropriada à taxatividade e à intervenção mínima.

Na verdade, ao evoluir na direção da frustração das finalidades da licitação, a perturbação ou o impedimento de um ato do procedimento desencadearia a incidência de tipos mais significativos para a tutela do bem jurídico, voltados para resultado lesivo ou perigo concreto. Se isso não ocorresse, a conduta permaneceria no âmbito da mera inconveniência para o procedimento, não se cogitando de efetiva lesão ao bem jurídico, ou da modalidade tentada daquelas infrações relevantes, prescindindo, portanto, de tipo autônomo, sobretudo com cominação de pena maior do que aquela que decorreria da regra geral do art. 14, inc. II, do CP. A tentativa, aliás, não deveria ter sido tratada diferentemente nos crimes contra as licitações, como ocorreu, sem justificativa plausível. Outrossim, na forma como foi concebida a lei, a perturbação de um ato desafia resposta penal semelhante àquela prevista para infrações que comprometem, substancialmente, todo o certame e suas finalidades precípuas, em detrimento da proporcionalidade. Em suma, o artigo 92, da Lei, era despiciendo, na medida em que bastava a punição da tentativa de outras infrações, mormente a do art. 90, do mesmo diploma.

Neste ponto, ganham destaque, novamente, as observações sobre a definição precisa do bem jurídico, nesta seara, restrita à moralidade administrativa, à isonomia e ao erário público, sem ampliar o conceito para açambarcar a simples regularidade procedimental ou outros aspectos secundários. Somente então cabe definir o que afeta gravemente aqueles bens valiosos, sob o crivo dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. Assim, ainda que alguns tipos da lei tenham relação, em abstrato, com a garantia da moralidade, as ações neles previstas podem estar muito distantes de ameaçá-la ou lesioná-la. Não se justificam, no âmbito penal, bastando a intervenção de outros ramos do direito.

Enfim, se a lei já tipificara condutas principais e mais amplas que comprometem de fato as finalidades da licitação, prescindia da incriminação de

antecedentes mais específicos, como a advocacia administrativa, a recusa e alteração de cadastro, a exclusão de licitante e o devassamento de proposta, ou gerais, como a perturbação ou impedimento de ato do certame. Tais comportamentos não gozariam de relevância e dignidade penal, podendo ser tratados pelo Direito Administrativo Sancionador.

Assim, somente quando o servidor ou particular lograsse realmente frustrar ou ameaçar seriamente os escopos da licitação, seria responsabilizado criminalmente, mas de modo proporcional e compatível com o *iter criminis*, com a importância do bem para a sociedade e para sua Lei Maior. A atual cominação de penas brandas e semelhantes a estas distintas espécies de condutas, algumas das quais sequer deveriam estar tipificadas, agrava a dissonância entre o diploma em estudo e as diretrizes recomendadas para a dogmática penal moderna, mormente os princípios norteadores da legislação criminal, como os da proporcionalidade e da culpabilidade.

Como se percebe, as barreiras do Direito Penal foram adiantadas excessivamente. A propósito, mero óbice a um ato preliminar da licitação que pudesse ainda ser superado ou não comprometesse todo procedimento deixaria de justificar a incriminação incondicionada, sob a égide da intervenção mínima e da lesividade. Poderia ser objeto de outros instrumentos jurídicos. Aquela conduta inexorável, que tivesse o condão de prejudicar os fins da licitação, por outro lado, já constituiria crime por força de outros preceitos, inclusive mediante conjugação com a regra do art. 14, inc. II, do CP. Em suma, o art. 93, da Lei, encerra redundância, sobretudo no tocante à fraude, e mostra-se, no mais, inócua e simbólica, sob o prisma do Direito Penal Moderno.

Paulo José da Costa Jr.²⁶⁸ relembra sua origem no Código francês, do qual foi transplantado para o italiano de Zanardelli e de Rocco, que sabidamente inspirou a nossa legislação penal. José Paulo Baltazar Junior²⁶⁹ esclarece que o tipo é subsidiário do art. 90, da Lei, e revogador, assim como o art. 95, do mesmo Diploma, em relação ao art. 335, do CP. Ressalta que, embora, em tese, a apresentação de certidão falsa de regularidade fiscal pudesse caracterizar fraude a ato licitatório, o STJ chegou à conclusão oposta, quando não era essencial para a habilitação. Isto somente demonstra a dificuldade de vislumbrar nesta infração efetiva lesividade ao bem jurídico.

²⁶⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*, p. 36.

²⁶⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 477.

Não por acaso, a melhor doutrina construiu interpretação capaz de evitar a aplicação esdrúxula do dispositivo. Segundo Vicente Greco Filho²⁷⁰, as condutas de impedir e perturbar do art. 93, da Lei 8666/93, somente serão típicas, se ilegais e não se representadas por impetração de mandado de segurança ou recurso administrativo. Marçal Justen Filho²⁷¹ distingue situações lícitas, como a obtenção de proibição judicial de certo ato ou manifestação pública de repúdio aos termos de uma licitação, que não consistiriam em impedir ou perturbá-la, das condutas delituosas, como a restrição do acesso de potenciais interessados ao recinto onde ocorrerão atos do certamente. A fraude, por sua vez, distingue-se daquela prevista em outros artigos por recair sobre um ato específico. A propósito, ao invés da expressão “concorrência pública” do antigo art. 335, do CP, o tipo empregou “qualquer ato do procedimento”.

Diógenes Gasparini²⁷² sequer admite que expedientes, como medidas judiciais, consistam em impedir ou perturbar ato. André Guilherme Tavares de Freitas²⁷³, discordando da defesa de um elemento normativo (indevidamente ou sem justa causa) por Vicente Greco Filho, entende que o impedimento ou perturbação do ato pelos meios legais constitui exercício regular de direito. Mais correto, contudo, considerar atípica a conduta do que apenas presente uma excludente de ilicitude. O emprego de medidas previstas em lei sequer atenta contra o bem jurídico tutelado e não deveria impor ao agente o ônus da prova cabal, mormente após instauração de processo crime, com toda sua carga sancionatória. O autor ressalva o abuso de direito, que afastaria a excludente, como na litigância de má-fé e nas pretensões manifestamente improcedentes ou infundadas.

Vicente Greco Filho²⁷⁴ observa que a redação tornou crime consumado situações que configurariam tentativa, na vigência da primeira parte do art. 335, do CP, e considerou delito tentado, meros atos preparatórios. Aduz que a incriminação recai sobre licitações realizadas também pelo Poder Judiciário em sua atividade administrativa e não típica, não se confundindo com as alienações, arrematações ou leilões de bens sequestrados e, por conseguinte, com a aplicação do art. 358, do CP. Entende que o elemento normativo implícito “sem justa causa” ou “indevidamente” integra-se ao subjetivo, porque o uso de medida judicial perturbadora pode ser típico, se o agente tem

²⁷⁰ Op. cit., p. 98.

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 837.

²⁷² GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 112.

²⁷³ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 139.

²⁷⁴ Op. cit., p. 97-98.

consciência da improcedência de sua pretensão. Identifica como bem jurídico a regularidade do funcionamento da Administração.

Jessé Torres Pereira Junior²⁷⁵ vislumbra o patrimônio na objetividade jurídica, embora posicionamento mais convincente seja no sentido de que nem toda perturbação de ato licitatório tenha repercussão econômica. A rigor, segundo grande parte da doutrina, tutelar-se-ia a regularidade do procedimento, que não constitui, contudo, bem jurídico próprio da tutela penal das licitações, sob a ótica constitucional, como já preconizado nesta sede. Justamente por isso, a existência desta infração penal não se justificaria.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁷⁶, por outro lado, identificam a competitividade (isonomia) como o bem jurídico e reclamam resultado naturalístico para consumação, mais precisamente a turbação ou a ausência do ato esperado. Para Diógenes Gasparini o bem jurídico, seria a regularidade do procedimento licitatório, compreendido entre a divulgação do instrumento convocatório e a contratação. Estariam excluídas de seu alcance, por exemplo, a aprovação da minuta e do edital, assim como a publicação do resumo do contrato.

Todavia, pelas razões já expostas neste trabalho, é mais apropriado à compreensão sistemática e constitucional da matéria conceber como bens jurídicos dignos da tutela penal a moralidade e a isonomia. O procedimento escorregado não gozaria, por si só, de tal condição, sendo meio para alcançar aqueles valores constitucionais. Por isso, conclui-se descabida a presente incriminação, à luz da intervenção mínima e ofensividade, não tendo, a perturbação ou impedimento, o condão de lesá-los, isoladamente, sem integrar a execução de crime mais grave (tentativa).

Para Vicente Greco Filho²⁷⁷ sujeito ativo é qualquer pessoa, admitindo-se a participação. O passivo é o Estado, sendo apenas prejudicado, eventualmente, algum participante. O objeto é o ato praticado entre a abertura do certame, com a autorização da autoridade, até o julgamento e a adjudicação, nos termos do art. 38, da Lei. Salienta que o crime é de resultado, que não se identifica com prejuízo econômico para a Administração, simples exaurimento. Destaca a subsistência na doutrina do reconhecimento da tentativa para o art. 335, do CP, com a ressalva de que este recaía sobre todo procedimento e não

²⁷⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 846.

²⁷⁶ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. *Licitações*. Op. cit., p. 199.

²⁷⁷ Op. cit., p. 99.

sobre qualquer ato. Sustenta o concurso material da fraude com eventual falsidade e do impedimento com a violência, não obstante expreso apenas no artigo seguinte. Diverge, pois, do entendimento de que as falsidades do Código Penal, em regra, são absorvidas pelo art. 93, da Lei 8666/93, em virtude do princípio da especialidade, merecendo referência, de qualquer modo, posição de José Baltazar Jr. no sentido de que o fenômeno (absorção) não ocorreria, se ainda não estivesse aberta determinada licitação, como na simples apresentação de documento para cadastro de fornecedores do Estado²⁷⁸.

Segundo Diógenes Gasparini, consuma-se a perturbação com a realização do ato de maneira anormal; o impedimento, com sua inocorrência, no momento previsto; e a fraude, com a prática do ato viciado. André Guilherme Tavares de Freitas considera material, outrossim, o delito de impedir, por exigir resultado naturalístico consistente na não realização do ato procedimental; e formal o delito de perturbar, por dispensá-lo. O resultado, por fim, estaria presente na fraude (ato viciado). Em todos os casos, admitir-se-ia o fracionamento do *iter criminis* e, por conseguinte, a tentativa. Na realidade, a perturbação também conta com resultado naturalístico (anormalidade), não se cogitando de crime formal na situação em estudo.

André Guilherme Tavares de Freitas²⁷⁹ assevera que a infração subsidiária em apreço e de menor potencial ofensivo revogou o art. 335, do CP, mas não afetou o art. 358, do CP, por não alcançar a arrematação judicial. Pode ser praticado por qualquer pessoa contra um dos entes do art. 85, da Lei, e também contra o concorrente, em alguns casos. O tipo é misto alternativo. O crime é comissivo, praticado entre a abertura do procedimento e a homologação ou adjudicação do objeto ao vencedor, contendo dolo direto ou eventual, mas não específico. Referido tipo misto alternativo, também na lição de Jessé Torres Pereira Junior, contenta-se com o dolo genérico.

Flávio Sátiro Fernandes²⁸⁰ sustenta que, se a fraude é contra a competitividade e não apenas adstrita a um ato do certame, configura-se o crime do art. 90, da Lei, realmente mais abrangente e grave, voltado à proteção de bem jurídico com *status* constitucional, ou seja, a isonomia e a moralidade – não apenas a regularidade de um procedimento.

²⁷⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 477.

²⁷⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 136.

²⁸⁰ FERNANDES, Flávio Sátiro. Op. cit., p. 42.

Em suma, embora a doutrina majoritária considere como bem jurídico a regularidade ou lisura do procedimento, não seria digno de tutela penal qualquer interesse secundário atinente às licitações, segundo uma concepção constitucional e mais restritiva do verdadeiro objeto da legislação penal, nesta seara. Em contrapartida, adstrito o bem à moralidade e à isonomia, conclui-se que a tipificação de qualquer impedimento ou perturbação aos atos ou formalidades do procedimento não observa, fielmente, os princípios da intervenção mínima, ofensividade e proteção do bem jurídico. A fraude relevante, por outro lado, já estaria contemplada pelo art. 90, da Lei, por prejudicar a competitividade, enquanto meio de se concretizar a isonomia.

7.6 Devassamento de proposta

O art. 94, da Lei 8666/93, tipifica a conduta de devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. Observa-se a preocupação em tornar invulnerável o conteúdo da proposta, independentemente do objetivo e do resultado. O tipo não exige dolo específico, como o de fraudar, ou algum prejuízo ao procedimento. Até mesmo o ato de propiciar a um estranho, sem relação com os proponentes e o procedimento, simples oportunidade de devassar, por curiosidade, a rigor, configuraria crime. Percebe-se o adiantamento das barreiras da intervenção penal, a fim de evitar qualquer risco à regularidade dos atos administrativos.

Todavia, é inadequada tal solução, à luz dos princípios da intervenção mínima e seus postulados da subsidiariedade e fragmentariedade. Ao Direito Penal caberia a efetiva proteção do bem jurídico contra lesões certas ou iminentes, mas não simplesmente possíveis ou remotas. Considerando as funções prioritárias da pena, sobretudo da privativa de liberdade, descaberiam sua cominação e aplicação para ações e omissões distanciadas de real ofensa aos bens jurídicos tutelados. Outrossim, estes seriam tão somente, em matéria de licitações e para fins penais, a moralidade administrativa e a igualdade, segundo interpretação comedida e mais razoável do comando constitucional, contemplando, assim, a defesa do erário público e da impessoalidade. Não se confundiriam com a simples regularidade do procedimento e a perfeição formal de cada ato.

Esta concepção mais restritiva, à luz da Constituição, justificaria a intervenção penal em apenas algumas hipóteses, quando evidenciada lesão ou perigo concreto àqueles princípios. A perturbação de um ato procedimental, o impedimento reversível de ato menos relevante, o acesso à proposta por um estranho, o óbice ao cadastramento ou alteração do registro, por exemplo, isoladamente, não afetaria de chofre o bem jurídico com dignidade penal.

Por outro lado, se algum destes atos contasse com desdobramentos mais sérios ou fosse meio de execução de outro delito mais grave, incidiria a tutela penal, como na punição da frustração ou fraude à licitação e da alteração de contrato licitado para obtenção de vantagem indevida, ainda que na modalidade tentada. Portanto, o rigor do Direito Penal somente se justificaria, quando o bem jurídico efetivamente tutelado viesse a ser lesado ou submetido a risco real de lesão. Não se preocuparia com qualquer interesse atinente à licitação e possibilidade remota de dano ou perigo abstrato.

O Direito Administrativo Sancionador, sugerido por vários estudiosos, poderia tratar de condutas que prejudicassem a regularidade do procedimento ou apenas gerassem perigo remoto ou presumido ao interesse protegido, evitando que se recorresse a uma intervenção penal precipitada, assaz desmedida e simbólica. Não há como entender, à luz dos princípios constitucionais penais, que a ação de devassar por qualquer motivo ou de proporcionar a um estranho a oportunidade para tanto, ainda que este não o faça, deva ser considerada crime, com todas as suas conhecidas consequências gravosas. A proteção do bem jurídico não o exige. O Direito Penal preservaria seu prestígio, seu caráter excepcional e sua utilidade para desideratos específicos e legítimos, respeitando o exercício de direitos fundamentais e garantias individuais históricas, arduamente conquistadas pela civilização.

Em suma, a norma em apreço, a rigor, é prescindível e descabida entre as disposições penais sobre licitações. Na hipótese de aplicação, por outro lado, a interpretação não deve ser gramatical, mas teleológica e sistemática. Forçoso exigir ao menos que o dolo alcance a lesão ou ameaça à igualdade entre licitantes e à moralidade administrativa. Do texto normativo, aliás, poderia ter constado o elemento subjetivo específico, a fim de açambarcar apenas o devassamento reprovável e que interessasse, de fato, coibir. Assim, se a conduta não atenta contra finalidades da licitação e princípios de Direito Administrativo deve ser considerada atípica.

Em contrapartida, presente a potencialidade lesiva, como no desiderato de conhecer o teor da proposta alheia para formular outra apta à vitória e, concomitantemente, mais vantajosa ao interesse particular, estaria caracterizado o crime, embora a conduta, neste caso, poderia subsumir-se-ia a outro tipo mais grave. Uma conduta anterior ao devassamento, por sua vez, não seria penalmente relevante, impondo-se a rejeição da possibilidade de simples tentativa.

Magalhães Noronha²⁸¹, porém, chega a admiti-la, como no exemplo do funcionário surpreendido ao rasgar o envelope, mas antes de tomar conhecimento do teor da proposta. Com todo respeito ao abalizado entendimento, a responsabilização penal deste ato não observa o princípio da intervenção mínima. Nem todo evento remoto e passível de ser relacionado a uma hipotética lesão ao bem jurídico merece resposta penal. Subsistiria, aliás, a possibilidade de ausência de repercussão de ato tão periférico, como a simples abertura do envelope, no resultado e na regularidade do procedimento.

Não cabe, pois, à norma penal coibir qualquer iniciativa irregular ao longo da licitação, mas condutas que de fato comprometam a incidência dos seus princípios norteadores, como a igualdade e a moralidade, bem como os consectários da impessoalidade e eficiência. É essencial verificar se foram efetivamente sacrificados pelo comportamento humano de sorte a justificar a imposição de sanção penal. Conjecturas sobre os desdobramentos de uma ação ou omissão não representam, propriamente, situação de perigo. Ademais, esta não reclama sempre a intervenção penal, sobretudo quando não é absolutamente certa a incapacidade de outros mecanismos e ramos do Direito de rechaçá-lo e o grau de relevância do bem jurídico não chega a legitimar soluções dogmáticas excepcionais do Direito Penal, como a punição orientada por perigo abstrato ou presumido.

Segundo Vicente Greco Filho²⁸² o tipo substituiu o art. 326, do CP, para estender o devassamento da concorrência a qualquer licitação e, embora retirado do capítulo de crimes de funcionário público contra a Administração, continua sendo próprio e funcional. Para o autor, se os concorrentes revelam proposta entre si, incide o art. 90, da Lei, e o bem jurídico é a regularidade do procedimento. Neste trabalho, entende-se desnecessária a previsão do art. 94, da Lei 8666/93, bastando, para os mesmos desideratos, a figura preexistente da violação de segredo funcional, com eventual

²⁸¹ NORONHA, E. MAGALHÃES. *Direito penal*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 351.

²⁸² Op. cit., p. 103.

agravante da pena, em uma legislação enxuta, objetiva e obediente à codificação. Se destinada à fraude ou frustração da competitividade, coincidiria ainda com a tentativa deste delito.

Diógenes Gasparini pondera que o bem jurídico tutelado é a regularidade e lisura do procedimento e não o patrimônio dos interessados. A conclusão, contudo, deve ser outra, depreendendo-se o bem jurídico, para fins de intervenção penal nas licitações, do tratamento constitucional da matéria, em cotejo com os princípios penais constitucionais, e não da simples redação do tipo, escolhida pelo legislador ordinário, sem os critérios mais apropriados, uniformes e precisos. Vale dizer, a leitura constitucional do Direito Penal inverte a lógica interpretativa, debruçando-se sobre os valores dignos de tutela penal, projetados da Lei Maior para a legislação hierarquicamente inferior, sem extrair, simplesmente, de cada tipo, mormente daquele decorrente de capricho ou equívoco do legislador, o suposto interesse protegido, por mais irrelevante ou esdrúxulo que se mostre, independentemente da perquirição de sua sujeição aos princípios constitucionais, de sua legitimidade e de uma reflexão crítica sobre a dialética entre Constituição e o arcabouço normativo. Até mesmo na exegese dos dispositivos que, em tese, poderiam não existir, não se deve perder o norte do que foi priorizado pelo constituinte.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁸³ consideram, com razão, a moralidade administrativa como bem jurídico, na medida em que não deve pairar dúvida sobre a lisura do procedimento. André Guilherme Tavares de Freitas²⁸⁴ arrola também como bens jurídicos a regularidade do procedimento, a competitividade e o sigilo, embora a proteção recaia, na verdade e em última análise, sobre a igualdade entre concorrentes e a lisura, no sentido de moralidade administrativa. Estes dois são princípios fundamentais das licitações, com raízes constitucionais, e aqueles dois são alguns dos instrumentos de sua consecução. Com efeito, nem mesmo o patrimônio é visado precipuamente, pois o conhecimento da proposta pode até levar o concorrente a melhorar a sua, trazendo vantagens à Administração.

Jessé Torres Pereira Junior²⁸⁵ considera bem jurídico o caráter sigiloso necessário à competitividade, não obstante mais precisa seja sua identificação com a

²⁸³ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 200.

²⁸⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 143.

²⁸⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 848.

isonomia e moralidade, que constituem efetivamente os princípios superiores e norteadores das licitações, albergados pela ordem constitucional. Repita-se que o sigilo e a competição são meios para consecução daqueles valores. Segundo o autor citado, o artigo regulou de forma completa a matéria, revogando o art. 326, do CP, atinente apenas à concorrência. Questionável, todavia, sua opinião no sentido de que a quebra de sigilo deve ser utilitária, em tempo hábil para ajustes pelos interessados, e possibilitar a fraude da licitação, pois tais elementos não são exigidos expressamente pelo tipo misto alternativo.

Sidney Bittencourt²⁸⁶ salienta que o art. 94, da Lei, ampliou o art. 326, do CP, alcançando qualquer procedimento licitatório, inclusive o pregão, nos termos da Medida Provisória 2026/00, convertida na Lei 10520/02, e que a violação pode recair apenas sobre uma proposta. Embora alguns entendam que o sujeito ativo é o agente público, pois o particular identificar-se-ia com o terceiro, referido no final do dispositivo, a melhor exegese é no sentido de que este também poderia proporcionar ao coautor o ensejo de devassar a proposta, prescindindo de um servidor. Assim, não haveria lacuna injustificada de punibilidade.

Vicente Greco Filho²⁸⁷ pondera que é dispensável prejuízo patrimonial para a Administração, até porque a proposta daquele que devassou a alheia poderia conter preço menor, subsistindo a violação, no entanto, da moralidade, da igualdade e, por conseguinte, do interesse público. O exemplo contraria a ideia de que a infração somente poderia ser cometida por servidor. O titular da proposta devassada, por outro lado, também é sujeito passivo. O doutrinador citado reitera que autor é o funcionário que tem a guarda das propostas até a abertura, por ter o dever de sigilo, restando ao beneficiado ou terceiro, até mesmo servidor com função diferente, a condição de partícipe. Pondera-se, neste lance, que recusar a autoria de particular pode tornar atípico o devassamento, sem atuação ou conhecimento de funcionário público. O mestre invocado dispensa a divulgação, embora reconheça que esta é a intenção presumida do agente, e contenta-se com a violação de uma proposta. Enfatiza o dolo genérico, com a consciência de que o conhecimento somente pode ocorrer na audiência pública de abertura.

O delito do art. 94, da Lei 8666/93, ao tipificar a quebra de sigilo de proposta, substituiu o art. 326, do CP, adotando expressão mais abrangente, qual seja, proposta em procedimento licitatório, ao invés de apenas proposta de concorrência

²⁸⁶ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 578.

²⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 104-106.

pública, que seria apenas uma espécie daquele gênero. Cumpre destacar que, na lição de Vicente Greco Filho²⁸⁸, verifica-se também, em regra, a destruição do documento, ainda que ocultada por recomposição dos lacres, configurando-se concurso com o crime do art. 305, do CP, pois o lacre ou envelope lacrado é um documento em si mesmo, na medida em que constitui um material revelador de um fato, qual seja, a proposta.

Sylvio do Amaral²⁸⁹ ensina que há íntima conexão entre os conceitos de documento público e de funcionário público. Aquele que o lavra, embora não seja servidor, é investido em tal condição, nos termos do art. 327, do CP, como o estranho aos serviços forenses que substitui o escrivão em um ato. Todo documento público provém de um funcionário público. A origem oficial e a relevância jurídica são determinantes na sua caracterização, ensejando responsabilização penal mais gravosa. Cumpre registrar o tratamento especial de alguns documentos públicos, como atestados e certidões, e a equiparação *ad cautelam* daqueles emanados de entidades paraestatais. Assim, a danificação do lacre do documento que já ingressou na Administração, sem o devassamento, poderia, em tese, configurar tentativa deste ou o crime do art. 305, do CP, por se tratar de documento público.

Por outro lado, para o cometimento da infração do art. 94, da Lei de Licitações, prescinde-se da violação do lacre, podendo consumir-se o delito, por exemplo, com o exame do teor do envelope contra a luz ou com a obtenção de informações junto ao empregado do proponente, como explica Paulo José da Costa Jr²⁹⁰. É impossível seu cometimento, em contrapartida, no leilão oral e no devassamento do invólucro-habilitação, por não atentar contra a competitividade. Tal ensinamento da doutrina corrobora a opinião no sentido de que a mera regularidade do procedimento não é o bem jurídico tutelado. Interessa diretamente ao Direito Penal a proteção efetiva do bem da vida, do conteúdo do interesse – público neste caso – da substância e não da forma.

José Cretella Junior²⁹¹ ressalta que o alvo da infração é o segundo envelope, lacrado e assinado, para revelação ao interessado, que assim reformula sua proposta. Quiçá o tipo exigisse tais desideratos como elementos, pois a criminalização se aproximaria da lesão ao bem jurídico. De outro giro, com a revelação e reformulação de

²⁸⁸ Idem, *ibidem*.

²⁸⁹ AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 170.

²⁹⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*, p. 42.

²⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*, p. 416.

proposta, já estaria caracterizada a fraude à competitividade, tornando-se inócua a previsão autônoma de tal conduta criminosa.

Destarte, merece prosperar o entendimento de que a consumação depende ao menos da leitura da proposta. Todavia, como se não bastassem as críticas procedentes à própria existência da norma, seu texto contenta-se com o acesso ao conteúdo e a obtenção de oportunidade para tanto, propiciado pelo servidor. O tipo não exige que seja efetivamente aproveitada e que exista perigo concreto ao interesse protegido.

Marçal Justen Filho²⁹² pondera que a proposta já deve estar sob guarda da Administração, que sua simples substituição configuraria outra infração e que também não se consumaria o crime, quando a licitação fosse anulada ou revogada ou ainda se mostrasse impossível o uso dos conhecimentos para fins reprováveis. Sua opinião é de que, na modalidade proporcionar o devassamento, há concurso necessário, mas que se o particular o empreende, sem ciência do servidor, pratica perturbação de ato de licitação.

Embora Paulo José da Costa Junior²⁹³ entenda que a conduta de devassar somente possa ser cometida pelo servidor, parece mais acertada a opinião de que qualquer pessoa poderia acessar os envelopes, sem que, necessariamente, proporcionasse a terceiro a oportunidade para tanto. Vale dizer, se se preconizar que o ato de devassar é próprio, restaria lacuna injustificada na tipicidade, deixando-se de coibir conduta de particular, tão reprovável como as outras, em detrimento da equidade e espírito da norma. Ora, se o tipo se contenta com o acesso indevido, não reclamando divulgação e prejuízo à competitividade, não há razão para não responsabilizar quem não é licitante, mas pode lhe comunicar o conteúdo. Se se presume o risco do emprego indevido da informação privilegiada pelo participante, cabe presumir também o mau uso pelo particular. Em contrapartida, consoante exegese natural e predominante do dispositivo, na falta de ressalva explícita, a conduta do servidor de proporcionar o devassamento a terceiro não exige que este seja um dos proponentes, podendo ser um estranho.

André Guilherme Tavares de Freitas²⁹⁴ classifica o delito como subsidiário, podendo integrar “qualquer outro expediente” na frustração de competitividade ou fraude do art. 90, da Lei de Licitações. Embora alguns penalistas

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 837.

²⁹³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*, p. 49.

²⁹⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 143 e ss.

classifiquem o crime como próprio, sob influência da análise topográfica do art. 326, do CP, que inseria a conduta de devassar no capítulo dos crimes praticados por funcionários públicos, convence a opinião de que pode ser praticado por qualquer pessoa, até porque não há restrição no tipo. A conduta comissiva ou omissiva de propiciar a terceiro o devassamento, no entanto, somente pode ser realizada pelo funcionário público, ante o pressuposto da responsabilidade de algum servidor pelo sigilo, com dolo direto ou eventual. O particular pode ser autor ou partícipe das infrações em apreço, enquanto a entidade destinatária da licitação e o devassado são sempre sujeitos passivos. Prescinde-se de invólucro ou outra proteção, bem como da divulgação. Se a violação não recair sobre proposta ou ocorrer antes de sua apresentação configura outro delito, como os do art. 151, 153, § 1º-A, e 154, todos do CP.

De qualquer modo, para grande parte da doutrina, o crime é próprio nas duas modalidades. Se um licitante propiciou ao outro a ciência da proposta, não ocorreria esta infração, mas a do art. 90, da Lei, por conta da frustração da competitividade, sendo inegavelmente mais grave tal conduta, não obstante a pena mínima seja idêntica. Ainda assim, algumas situações, como de particulares alheios ao certame, não teriam outro enquadramento típico. A tutela seria mais completa e uniforme, se considerasse o crime como comum. Justamente por isso Vicente Greco Filho²⁹⁵ entende que o funcionário comete o devassamento em concurso material com a destruição de documento público, enquanto o terceiro que devassa, sem ciência daquele, está incurso no art. 305, do CP, negando suposta atipicidade de sua conduta. Aduz que o concurso material pode recair, igualmente, sobre a corrupção e a prevaricação.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade²⁹⁶ classificam o devassamento em direto e indireto (por outrem), podendo este último ser comissivo ou omissivo, excluída a tentativa somente na modalidade omissiva, pois se configuraria a omissão justamente quando terceiro tomasse ciência do conteúdo da proposta. Neste diapasão, Diógenes Gasparini²⁹⁷ afirma que a infração de devassar, ainda que parcialmente, é comissiva e que a de proporcionar tal oportunidade para tanto a terceiro pode ser também omissiva e não ajustada entre ambos. As duas modalidades do delito pressupõem a apresentação de proposta de preço ou de técnica e, por conseguinte, a abertura do procedimento. Ausente a instauração, poderia ocorrer a violação de

²⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes da Lei de Licitações. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

²⁹⁶ Op. cit., p. 200 e ss.

²⁹⁷ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 117.

correspondência do art. 151, do CP. Na concepção do autor citado, não é importante saber quantas propostas foram devassadas, se houve efetivo conhecimento do conteúdo, divulgação ou dano à Administração.

André Guilherme Tavares de Freitas²⁹⁸ advoga a atipicidade da conduta, se houver invalidação da licitação por outro motivo, conclusão questionável, na medida em que a violação já teria afetado a moralidade e ao menos submetido ao risco a igualdade. A circunstância alheia à vontade do agente apenas impediu o exaurimento de suas consequências nefastas. A propósito, o ilustre autor, a despeito de classificar o crime de devassar como material, contenta-se com a ciência da proposta como resultado. Reputa formal, ademais, o delito de propiciar o conhecimento, sendo este prescindível para consumação. Admite a tentativa nas duas modalidades. Assim, a existência de outro vício no certame suficiente para invalidação ou de dano efetivo, na realidade, não excluiria a tipicidade da conduta. O crime também não seria impossível, mas apenas o prejuízo, na inevitabilidade da nulidade por motivo diverso.

Finalmente, aludido doutrinador discorda da posição de Vicente Greco Filho acerca do concurso material com a supressão de documento, quando o devassamento é cometido com rompimento do lacre ou envelope, por não considerá-los propriamente documentos e por entender que, de qualquer modo, o ato seria meio (*ante factum impunível*) absorvido pelo crime-fim.

Nos termos em que foi elaborada a norma, convence o entendimento de que o crime é formal; comum; de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente, admitindo a tentativa; e de perigo abstrato. Por todo exposto, conclui-se que não se justificava a incriminação do devassamento, por si só, independentemente de real repercussão sobre a aplicação dos princípios norteadores da licitação. Esta tendência de ampliação da intervenção penal também vem equiparando tentativa e consumação, cominando penas idênticas para situações distintas (simples devassamento e irreversível frustração de competitividade, por exemplo) e perspectivas completamente diversas de lesão ao bem jurídico protegido, em detrimento de consagrados princípios constitucionais, sobretudo da proporcionalidade e da medida da culpabilidade. Tal compreensão crítica da legislação pode evitar ao menos que a interpretação dos seus dispositivos leve a resultados ainda mais distantes da efetivação dos princípios e valores da Lei Maior.

²⁹⁸ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 143.

7.7 Exclusão ilegal de licitante

O art. 95, da Lei 8666/93, comina dois anos de detenção tanto para a conduta de afastar como para a de procurar afastar licitante. Os meios descritos (violência, grave ameaça, fraude e oferecimento de vantagem) formam rol taxativo. Podem ser utilizados por servidor ou particular. A abstenção e a desistência, por outro lado, tipificadas no parágrafo, somente são praticadas por interessado no contrato ou licitante, até porque ao servidor seria defeso participar da disputa.

É importante destacar que sobre o “caput” não pode incidir o art. 14, II, do CP. Não se cogita de *conatus*, diante da reprovável equiparação entre tentativa e consumação no tipo, sob a égide dos princípios da proporcionalidade, da culpabilidade, da lesividade e da intervenção mínima. A previsão da fraude, por sua vez, como um dos meios de execução, era dispensável, diante da existência de tipo próprio para coibi-la (art. 90 ou 93, da Lei). A própria exclusão poderia, além de disso, configurar constrangimento ilegal, restando para a conduta dotada de consequências mais perniciosas, como a frustração da competitividade, a subsunção a outro tipo penal (art. 90, da Lei). Em suma, desprezou-se o ideal de uma legislação concisa e objetiva para incriminação aleatória de comportamentos já tipificados ou irrelevantes penalmente.

Guilherme de Souza Nucci²⁹⁹ entende que até mesmo esta modalidade de constrangimento não é penalmente relevante, por não lesar o bem jurídico protegido. Se se visasse eliminar a competição, o ato se subsumiria ao art. 90, da Lei. Por outro lado, ausente tal desiderato e, por conseguinte, a ofensividade ao bem tutelado, a conduta não demandaria intervenção penal, sobretudo se o agente não chegasse a afastar o licitante. De qualquer maneira, o texto estabelece um delito comum; de forma livre; comissivo; instantâneo; formal; unissubjetivo; e plurissubsistente, mas sem possibilidade de tentativa, em virtude da previsão do delito de empreendimento.

O parágrafo do preceito responsabiliza ainda penalmente quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem. Novamente, excedeu-se o legislador, na medida em que não cabe ao Estado obrigar o particular a prosseguir na licitação, principalmente sob cominação de sanção penal. Mera oferta de vantagem, fora do alcance e até mesmo indesejada pelo licitante, é estranha à sua liberdade de desistir e de não

²⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 861.

celebrar o contrato. Não poderia fulminá-la, principalmente quando exercida por outras razões legítimas, como a perda de alguma das condições para a execução do negócio. Por conseguinte, se presente concausa, já não caberia cercear a liberdade individual e incriminar sua desistência ou abstenção. Destarte, embora improvável o êxito, o acusador deveria comprovar cabalmente que o licitante se orientou tão somente por interesse na vantagem indevida, em detrimento da regularidade e do resultado do procedimento.

Ainda assim, como observa Guilherme de Souza Nucci³⁰⁰, se a oferta ou benefício não envolve servidor, não se impõe a interferência do Estado na relação entre particulares. Não se estará zelando pela moralidade e eficiência da Administração. A propósito, o oferecimento de vantagem antes da licitação e a abstenção de participar não interessam, propriamente, ao procedimento e aos objetos específicos da Lei. Ademais, a simples presença de um licitante qualquer sequer assegura desfecho mais vantajoso para o ente administrativo, sendo desconhecida, aliás, a sua proposta.

Enfim, mostra-se contraproducente e excessiva a incriminação da abstenção ou desistência, sob o prisma da lesividade. Distingue-se, por sua vez, do crime previsto no *caput*, por ser próprio, eis que praticado pelo licitante, além de plurissubjetivo e omissivo, na modalidade abstenção. A violência, quando empregada como meio, não deixa de ser punida, em cumulação, mas não é compatível com a incidência do parágrafo, assim como a fraude e a ameaça.

Diógenes Gasparini³⁰¹ observa que, embora a norma não mencione de onde ou do que o licitante é afastado, não pairam dúvidas de que seria do procedimento licitatório, sendo comissivas as condutas do *caput* do art. 95, do diploma em estudo, e omissivas as do parágrafo. Neste caso, porém, a fim de que a lei não contenha palavras inúteis, urge distinguir o abster-se, como omissão, da conduta de desistir, como ação positiva de quem tomou alguma providência para ingressar na disputa, mas manifestou o desinteresse em prosseguir, quando ainda possível.

Não obstante as aludidas críticas à existência e à redação do dispositivo, sua exegese sistemática, atentando-se para a inclusão da abstenção de licitar no parágrafo, e a compreensão doutrinária de que o crime pode ocorrer durante ou antes da licitação, quando ainda não há propriamente licitante, conduz à conclusão de que houve mera impropriedade no emprego desta expressão. Pretendia-se, na verdade, aludir a qualquer

³⁰⁰ Idem, p. 862.

³⁰¹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 122.

interessado ou potencial licitante. Tal compreensão não afronta o princípio da legalidade e o postulado da taxatividade. Muito pelo contrário, na medida em que evita a inaplicabilidade de parte do dispositivo legal, atinente às condutas de se *abster* de licitar em razão de vantagem oferecida e de *procurar afastar*. Somente o reconhecimento da possibilidade da infração, antes de instaurado formalmente o procedimento, quando ainda não há licitante, não torna letra morta parte do artigo e do parágrafo ora comentados.

A interpretação preconizada apenas revela, substancialmente, o preciso e lógico significado da palavra licitante, no contexto em que foi empregada, contemplando o virtual ou o iminente, e não se contentando com a literalidade do conceito técnico que o restringe a participante de licitação já aberta. Ademais, tal tratamento de situações assemelhadas preserva a isonomia. Sidney Bittencourt³⁰² também entende que a finalidade da norma é resguardar a pretensão de participar do certame daquele que tem condições para tanto, mesmo que ainda não tenha apresentado a proposta. Vicente Greco Filho³⁰³ afirma que o tipo corresponde à segunda parte do art. 335, do CP, tendo o mesmo defeito de redação, e que se afasta da licitação, a rigor, alguém que ainda não é licitante, embora tenha condições para ser. Se inapto a tanto, o crime é impossível.

Esta exegese é também teleológica, tendo em vista que se depreende de todo texto da lei a preocupação do legislador de assegurar a competitividade e a liberdade de licitar, incluindo as providências prévias, as etapas preliminares e as fases iniciais do procedimento, sobretudo para que se propicie à Administração amplo espectro de opção e maior possibilidade de obter condições vantajosas para a satisfação do interesse público. Por conseguinte, não haveria sentido em se coibir somente a exclusão, durante a licitação, deixando sem resposta penal o reprovável impedimento da participação legítima de outrem e convalidando a redução de participantes, em detrimento da competitividade e do resultado profícuo do procedimento. Descabe adotar interpretação equivocada para restringir a incidência do tipo, cuja existência ora se critica.

André Guilherme Tavares de Freitas³⁰⁴, todavia, refuta a tese de que a expressão *licitante* designa qualquer participante potencial do certame, reivindicando o ingresso formal no procedimento, à luz da legalidade estrita. Em sua opinião, impedir alguém de apresentar requerimento ou documentos preliminares poderia caracterizar

³⁰² BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 580.

³⁰³ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 110.

³⁰⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 151.

somente outras infrações, como as dos arts. 146, 299 e 304, do CP. Acatada tal posição, seria forçoso reconhecer a falha legislativa, inclusive por insuficiência da proteção almejada pelo ordenamento e inobservância da proporcionalidade, na medida em que justamente a eliminação prévia, além de comum, mais fácil e eficaz, seria estimulada.

Diógenes Gasparini³⁰⁵ ressalva que, se o licitante recebe a vantagem, mas não desiste, comete estelionato. Entende ainda que o concorrente afastado somente é sujeito passivo secundário, se não praticou as condutas do parágrafo do dispositivo em apreço. Assevera que, mesmo permanecendo na licitação, o crime se consuma, pois basta o agente empregar um dos meios descritos para procurar afastá-lo. O autor considera, outrossim, as hipóteses legais de desistência (art. 43, § 6º, da Lei de Licitações) causas excludentes de criminalidade. Todavia, melhor compreender que não há tipicidade, sobretudo por ausência de dolo, quando presente de fato uma das permissões legais para desistir. Então, não se cogitaria sequer da motivação típica consistente na vantagem oferecida e, por conseguinte, de fator de exclusão.

Finalmente, as infrações do parágrafo consumam-se, respectivamente, com a abstenção de quem tinha condições de participar, no momento em que estava prevista a adesão, e com a exteriorização pelo licitante da retratação de seu interesse. Sendo de mera conduta e de perigo, o crime não admite a tentativa. A admissão de vantagem de qualquer espécie – não exclusivamente econômica – traz ainda o risco de interpretação demasiadamente ampla, embora permita a responsabilização por variegadas condutas certamente reprováveis, como o oferecimento e recebimento de favor sexual ou funcional.

Marçal Justen Filho³⁰⁶ entende que a vantagem deve ser material e a ausência de participação decorrer da conduta do agente – não de outra motivação. Lembra que o emprego de violência enseja o concurso material de infrações. Segundo Vicente Greco Filho³⁰⁷, o delito originalmente estava previsto no capítulo de crimes praticados por particular contra a Administração, podendo ser praticado, todavia, por servidor ou por terceiro, mesmo não conluiado com algum licitante. Considera-o de perigo, tanto do ponto de vista da Administração, como do particular, prescindindo-se do efetivo afastamento.

³⁰⁵ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 124.

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 838.

³⁰⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 109.

Para o autor citado e parte da doutrina, o bem jurídico é a regularidade do procedimento licitatório, mas forçoso identificá-lo com a moralidade administrativa e a isonomia, consubstanciada na competitividade, eis que albergadas pela Carta Magna e sujeitas à tutela penal pelo legislador infraconstitucional. Assim, partindo desta premissa, as barreiras do Direito Penal podem ser corretamente delimitadas, o que permite avaliar se foram por demais adiantadas em cada tipo. A simples regularidade de um procedimento, outrossim, não constitui, propriamente, um bem jurídico. Trata-se de meio para consecução do fim – moralidade, isonomia e defesa do patrimônio público.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade³⁰⁸ consideram a isonomia o bem jurídico do art. 95, da Lei de Licitações. Incluem a equiparação da consumação à tentativa, no *caput*, entre crimes de empreendimento. Reputam a abstenção do parágrafo um crime omissivo próprio e a desistência um delito de mera atividade, incompatível com a tentativa. André Guilherme Tavares de Freitas³⁰⁹ sustenta a subsidiariedade do art. 95, em relação ao art. 90, da Lei. Assim, se o afastamento do licitante é expediente para frustrar a competitividade, pratica-se somente esta última infração.

Como interessa ao Direito Penal justamente assegurar a igualdade e a moralidade nas licitações, a incriminação da fraude e da frustração da competitividade dispensaria a tipificação autônoma de variegados expedientes para tanto, os quais configurariam a tentativa daquelas. Por outro lado, se dotados de outra finalidade, não seriam relevantes penalmente, nesta seara. Neste ponto, incidiriam ainda normas mais abrangentes do Código Penal, como a atinente ao constrangimento ilegal.

Por conseguinte, evitando-se a identidade vigente de penas em abstrato para condutas substancialmente diferentes, sobretudo por seus fins e repercussão lesiva para o bem jurídico, poderiam ser observados fielmente os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade. Vale dizer, se o agente adotasse o expediente para excluir o licitante, mas não lograsse frustrar a competitividade ou fraudar a licitação, receberia reprimenda menos severa do que aquele que alcançasse aqueles fins espúrios, por força do art. 14, II, do CP. Enfim, o prejuízo certo ao resultado do certame ensejaria resposta mais gravosa do que a simples exclusão de um interessado e esta seria reprovada com maior intensidade do que sua modalidade tentada, eliminando-se a indesejada equiparação do art. 95, da Lei.

³⁰⁸ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 203.

³⁰⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 150.

A propósito, a sanção hoje prevista para o delito mais grave (art. 90, da Lei) deveria, na realidade, ser elevada para se aproximar de outros ataques graves a bens jurídicos relevantes, à luz da proibição da insuficiência, remanescendo para a tentativa a pena reduzida pelos percentuais da parte geral, como na maior parte das infrações previstas, em consonância com uma coerente compreensão sistemática do ordenamento. A previsão dos dois tipos em lei esparsa, portanto, é despicienda e inadequada aos parâmetros ora defendidos para a intervenção penal precisa, enxuta, proporcional, orientada pela efetiva proteção do bem jurídico e pela codificação. Não se acata, neste sentido, a opinião de que a objetividade jurídica seria extraída da obra do legislador ordinário e poderia consistir na mera regularidade do procedimento.

Urge registrar ainda a controvérsia doutrinária acerca da necessidade de que o mal prometido, na ameaça, seja injusto e da existência de elemento subjetivo específico ou apenas de dolo na vontade de afastar o licitante. André Guilherme Tavares de Freitas³¹⁰ entende, outrossim, que o crime independe da aceitação, bastando o oferecimento de qualquer vantagem. Refuta a opinião de que o parágrafo único traz condição objetiva de punibilidade, por não conter circunstância extrínseca ao crime, mas restrição ao art. 29, do CP, tipificando apenas a desistência ou a abstenção por motivo torpe, qual seja, o oferecimento de vantagem. Com efeito, tratar-se-ia de excludente da tipicidade de qualquer espécie de concurso. A propósito, ao sofrer ameaça ou violência, o particular não teria como concorrer voluntariamente para a exclusão.

Segundo o referido autor, como o parágrafo não se refere ao licitante, o delito, em tese, poderia ser praticado antes da licitação. Não se sustenta, contudo, seu cometimento isolado em relação ao fato principal, ou seja, a desistência ilícita sem o oferecimento (efeito sem a causa). Aliás, se o interessado que, antes do procedimento, oferece vantagem para outro desistir não pratica o crime do *caput*, do art. 95, da Lei, conforme aquela orientação, e também não pode cometer a corrupção, por não haver, então, funcionário público envolvido, teremos uma incongruência lógico-jurídica com a responsabilização exclusiva do destinatário da oferta ilícita. Não há como acatar um concurso típico em conduta atípica ou engendrar, artificialmente, a subsunção do oferecimento de vantagem a outro tipo penal, sem correspondência com o do parágrafo da norma em apreço.

³¹⁰ Idem, p. 153.

Enfim, melhor interpretar sistemática e teleologicamente os dois trechos do artigo, estendendo o conceito técnico de licitante, sob a égide da legalidade estrita, ao parágrafo ou admitindo a tipicidade da exclusão de qualquer interessado no certame, mesmo antes de instaurado, sem vislumbrar na ausência da expressão “licitante” no parágrafo uma distinção consciente do legislador (ampliação do espectro de incidência em relação ao *caput*).

Por política criminal, mais apropriada é a compreensão, pela incriminação, do oferecimento a qualquer potencial licitante e de sua consequente aceitação. Todavia, se a exegese restritiva prevalecer, invocando-se o rigor do princípio constitucional da legalidade, ganhará corpo, então, a crítica ao dispositivo especial, no tocante à sua utilidade para a proteção coerente e eficiente do bem jurídico e à fidelidade ao princípio da proporcionalidade. A distinção no tratamento do oferecimento de vantagem ao licitante e ao interessado apto à disputa, antes da instauração formal do certame, não se justifica. Para fins de garantia da moralidade e da isonomia, mormente sob o aspecto competitividade, ambos os projetos de exclusão são prejudiciais à Administração Pública.

De outro giro, na lição de André Guilherme Tavares de Freitas³¹¹, o recebimento da vantagem desacompanhado da desistência, embora desejada e obstada por circunstância alheia, é atípico, não se admitindo a tentativa de participação e consumando-se, em contrapartida, a infração de procurar afastar o licitante. Tal desistência não se confunde com aquela voluntária, com o escopo de obter vantagem indevida, que caracterizaria estelionato.

Jessé Torres Pereira Junior³¹² propõe que a dosimetria seja diferenciada para o afastamento do licitante tentado e consumado, prestigiando a proporcionalidade com a majoração da pena nesta última hipótese. A tese pode ser refutada pelo argumento de que tal acréscimo se pautaria por circunstância objetiva passível de valoração e já considerada na tipificação e na cominação da sanção, não integrando os fatores do art. 59, do CP.

O autor invocado contenta-se com o dolo, considerando motivo e não fim específico do parágrafo, a vantagem oferecida. Seu recebimento, com razão,

³¹¹ Idem, p. 156.

³¹² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 852.

constituiria apenas exaurimento. Não admite a tentativa, reputando a abstenção e a desistência, respectivamente, delito omissivo e de mera conduta.

No seu pensamento, outrossim, os meios de execução, ainda que pudessem configurar infração autônoma, como o constrangimento ilegal, são absorvidos pela figura típica mais ampla. Além disso, a abstenção poderia ser cometida por qualquer pessoa, enquanto a desistência somente partiria do licitante. Destaca, porém, a unidade delitual, pois tais condutas não são praticadas alternativa ou cumulativamente. Após a abstenção, não se cogita de desistência, enquanto esta pressupõe a inocorrência daquela.

A expressa alusão à sanção correspondente à violência, com efeito, constitui ressalva ao princípio da consunção, o qual remanesce para outros meios, como a fraude e grave ameaça. Segundo André Guilherme Tavares de Freitas, ademais, a lesão leve e as vias de fato estariam absorvidas pela conduta principal, descabendo a aplicação cumulativa da pena correspondente à violência. Este autor, no mais, considera o crime comum e inclui o licitante afetado na categoria de sujeito passivo. Afirma que seria omissivo, na abstenção e na desistência tácita, enquanto despontaria comissivo, na desistência expressa.

Vicente Greco Filho³¹³ observa que são três as condutas: oferta de vantagem, fraude e violência ou grave ameaça. Para esta última não bastaria mal justo, como promessa de protesto de título, ou de menor importância, insuficiente para constranger. A violência, por sua vez, partiria das vias de fato até o homicídio, podendo estar contida ainda em crime mais grave, como sequestro ou cárcere privado. O mestre distingue a fraude unilateral deste preceito daquela bilateral do art. 90, da Lei, sendo ambas diferentes da que recai sobre um ato e da lesiva à Fazenda. Admite, então, o concurso material, quando o agente, por exemplo, faz ajuste com um licitante para fraudar o certame e afasta outro, mediante fraude. Ainda que coincidam as finalidades, considera as condutas distintas. Pondera que, se o conluio se destina a elevar os preços, incide o inc. I, do art. 96, da Lei, que absorve, como crime de dano, o de perigo. Vicente Greco Filho³¹⁴ acrescenta que a própria norma admite qualquer tipo de vantagem oferecida e que a aceitação é dispensável. O dolo, por outro lado, é especificado pela finalidade de afastar o licitante. Quanto ao parágrafo, reputa genérico o dolo e omissivas as condutas. Critica, por

³¹³ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 111.

³¹⁴ Idem, p. p. 112-114.

fim, a previsão de pena idêntica à do art. 90, da Lei, não obstante tenha aduzido a corrupção (oferecimento de vantagem), tornando mais reprovável a conduta.

Para Ricardo Antonio Andreucci³¹⁵ o crime é de empreendimento, não contemplando tentativa, além de formal e punido de forma bilateral. Adel El Tasse³¹⁶ salienta que a retirada do certamente consuma, na verdade, a frustração da competitividade e, portanto, da licitação. Pondera que o parágrafo não se aplica às hipóteses de grave ameaça ou violência, pois não se pode exigir que, nestas condições, a vítima continue licitando. O agente responderia, no seu sentir, pelo concurso formal entre o delito do art. 95, da Lei, e lesões corporais ou outra infração.

7.8 Fraudes às licitações e aos contratos

O tipo do art. 96, da Lei 8666/93, atenderia aos objetivos da intervenção penal mínima e da proibição da insuficiência, coibindo a fraude que gera dano. Todavia, no tocante às licitações, coincide com o art. 90, do mesmo diploma, o que o torna prescindível. Ademais, é inadequado ao fim colimado, pois estabeleceu, desnecessariamente, apenas algumas maneiras de execução, reunindo, outrossim, sem a desejada distinção, aquelas atinentes aos contratos (tornar onerosa injustamente sua execução; vender mercadoria falsificada ou deteriorada; entregar uma mercadoria por outra; alterar sua substância, quantidade e qualidade) e as condutas prejudiciais à licitação (elevar arbitrariamente os preços; onerar proposta injustamente). Por conseguinte, a realização de mais de uma delas, sendo tipo misto alternativo, caracteriza delito único.

O crime é próprio, pois cometido pelo contratado ou licitante; material; comissivo; vinculado (meios especificados); unissubjetivo; e plurissubsistente, admitida a tentativa. Jessé Torres Pereira Junior³¹⁷, por sua vez, não exige qualificação especial do agente, mas acaba por reconhecer que ele deve ter poderes para contratar com a Administração, ou seja, na prática, não pode ser qualquer pessoa. Observa que o meio deve ser um daqueles descritos, especificamente para aquisição ou venda de mercadorias ou bens, propiciando obtenção de vantagem econômica e lesão ao patrimônio público, o qual seria o elemento subjetivo do injusto. Para Ricardo Antonio Andreucci³¹⁸ é crime

³¹⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 488.

³¹⁶ TASSE, Adel El. Op. cit., p. 678.

³¹⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 856.

³¹⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 489.

material e de forma vinculada, com tipo misto alternativo. Para Adel El Tasse³¹⁹ há um elemento subjetivo específico correspondente ao intuito de lucro abusivo.

André Guilherme Tavares de Freitas³²⁰ esclarece, em síntese, que o tipo é misto cumulativo, incorrendo, o agente, em tantas quantas condutas típicas realizar; que a fraude deve ocorrer na execução e não no contrato em si; que o negócio deve provir de licitação e não de dispensa; e que o concurso da autoridade não afasta a condição de vítima da Fazenda, sendo irrelevante também sua omissão. Até a entrega da mercadoria ou prestação o vício pode ser sanado, mormente por arrependimento, pois o crime somente se configura com o efetivo prejuízo. Se este não se concretizou por circunstância alheia à vontade do agente, ocorre tentativa.

No mesmo diapasão, somente a onerosidade da proposta vencedora e não das demais está sujeita à tipicidade. O superfaturamento, cuja incidência é significativa em negócios do Estado, pode ser direto, elevando-se o preço (inc. I, do art. 96, da Lei), ou indireto, mediante fornecimento de quantidade inferior (inc. IV, do art. 96, da Lei). O inc. V, do dispositivo, por outro lado, dispensaria os anteriores, por ser abrangente, o que denota a imperfeição da técnica legislativa.

O tipo exigiu prejuízo à Fazenda Pública, corretamente, segundo os princípios da lesividade e intervenção mínima. Protege-se, primordialmente, o interesse patrimonial e, subsidiariamente, moral da Administração. Para alguns autores, diferentemente da maioria dos crimes do diploma, aos quais interessam mais os princípios administrativos, como a moralidade, o bem jurídico visado, neste lanço, é o patrimônio público genericamente considerado e, em especial, o da entidade que licitou ou contratou. Para André Guilherme Tavares de Freitas, o patrimônio dos entes da Administração Direta e Indireta é o bem jurídico tutelado.

A redação, contudo, apresenta algumas imperfeições. O *caput* deixou de prever expressamente as contratações de serviços e de obras fraudulentas, ao lado da aquisição de bens e mercadorias. É cediço que, nos dias de hoje, a maior parte das fraudes ocorre naquelas espécies de licitações. Restaria, em razão do princípio da tipicidade, a subsunção da conduta ao tipo do art. 90, da Lei, ou ao estelionato, o que esvaziaria, significativamente, a utilidade do dispositivo e acarretaria punições distintas, em detrimento da isonomia substancial e da proporcionalidade.

³¹⁹ TASSE, Adel El. Op. cit., p. 679.

³²⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 163.

As condutas descritas assemelham-se àquelas estabelecidas na Lei 8137/90, mas não devem ser equiparadas, nem mesmo para contemplar a prestação de serviços, pois a contratação condicionada à licitação, com vistas à tutela do patrimônio público, distingue-se substancialmente das relações de consumo. José Paulo Baltazar Junior³²¹ menciona julgamento que reconheceu o delito na contratação de serviços, não obstante a majoritária opinião doutrinária de que somente a de bens estaria prevista como crime.

Vicente Greco Filho³²² considera tal crime de dano o mais grave da lei, sobretudo por exigir prejuízo à Fazenda, e assevera que não se justifica a não incidência sobre contratos de obras e prestação de serviços, sendo comum, por exemplo, o emprego de material inadequado naquelas e elevação arbitrária do preço destes. Todavia, por força do princípio da tipicidade, sugere a aplicação do art. 90, da Lei, ou do art. 171, do CP. Identifica o bem jurídico com o patrimônio público da entidade; o sujeito ativo com o licitante ou contratado, admitindo o concurso; e o passivo com o Estado.

O mestre vislumbra a preocupação do legislador com o aproveitamento da necessidade ou da falta de condições da Administração de verificar os preços e conceitua o elemento normativo do tipo “arbitrariamente” como falta de justa causa. A posição do agente, a propósito, favoreceria a prática destes preços acima do mercado, de sorte a tornar reprovável o comportamento. Independe do conhecimento e da concordância do administrador. Com efeito, somente extraindo-se assim a *mens legis* da norma é possível assegurar sua constitucionalidade. Embora tais fatores não estejam expressos no texto, descabe contentar-se com a elevação dos preços, em uma economia de mercado, sem demandar circunstâncias que revelem o desiderato reprovável do agente de se aproveitar de uma situação para locupletar-se indevidamente, a má-fé na relação com a Administração de modo a lesar o bem jurídico tutelado, a vontade e a consciência do prejuízo causado.

Dirceu de Mello³²³, sob a vigência do Código Penal de 1940, a propósito dos delitos de cheque, já destacava a importância do dolo específico, o *animus lucri faciendi* ou intenção de fraudar, lembrando lição de Nelson Hungria, adotada por Frederico Marques, no sentido de que haveria implícito no crime um elemento subjetivo

³²¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 479.

³²² GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 115-117.

³²³ MELLO, Dirceu de. *Aspectos penais do cheque no sistema brasileiro*. Tese de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1973, p. 108-109.

do injusto, não bastando o conhecimento da falta de provisão de fundos e sendo necessária a má-fé, a fim de causar prejuízo. A expressa alusão à fraude no art. 96, da Lei 8666/93, propicia esta delimitação do injusto, ao contrário de outros dispositivos.

Retomando a lição de Vicente Greco Filho³²⁴, a venda de mercadoria viciada, que se dá com a tradição, consuma-se com a entrega, assim como a substituição. A alteração das características do produto (inc. IV, do art. 96, da Lei) seria uma variante das anteriores, podendo tal intuito anteceder ou não ao fornecimento. O autor aduz que o inc. V é norma de encerramento (tornar onerosa a proposta ou a execução do contrato), abrangendo as demais e devendo ser interpretada à luz da necessidade de fraude e de prejuízo para a Administração, inclusive por força da expressão “injustamente”. Neste diapasão, conclui, com precisão, que, se a proposta que o agente tornou onerosa não for vencedora, não tem relevância penal. Ressalta que o tipo não contempla a venda de bens pela Administração, pois a elevação de preços, neste caso, ser-lhe-ia vantajosa. Situa a consumação no pagamento da fatura pelo ente administrativo, não bastando eventuais transtornos com a desclassificação. Acrescenta que a infração absorve as dos arts. 90, 93 ou 95, da Lei, mas admite o concurso com corrupção ou delito análogo. Enfatiza o dolo específico de lhe causar prejuízo.

André Guilherme Tavares de Freitas³²⁵, após afastar a hipótese de conflito aparente de normas com os arts. 90, 93 e 95, da Lei, ressalta que as condutas do art. 96, do mesmo diploma, se assemelham às descritas no art. 7, da Lei 8137/90, aplicando-se às relações com a Administração Pública por não serem de consumo e por força do princípio da especialidade. Em sua opinião, no âmbito de licitações e contratos, as condutas tipificadas não são realizáveis apenas por pessoas físicas nas relações com a Administração, mas também por funcionários de pessoas jurídicas licitantes e contratadas e até por terceiros executores das prestações. Importa o acesso aos meios propícios à fraude e não a qualidade do sujeito. O agente público, igualmente, pode cometer a infração, em concurso com o particular, caso sua conduta não se subsuma a tipo específico, como o do art. 312, do CP, ou art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67. De outro vértice, o autor advoga o concurso entre o art. 96, I, da Lei de Licitações, e o peculato-desvio. No entanto, ainda que se exigisse a finalidade específica de desviar em proveito de

³²⁴ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 117-120.

³²⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 158.

alguém a diferença entre o valor real e o arbitrário, a conduta seria única. Melhor solução é enquadrá-la apenas na segunda norma, se acrescida daquele desiderato especial.

Outro problema na especificação das fraudes, à luz da garantia de taxatividade e clareza, é a utilização pela lei de tipos abertos. A expressão “arbitrariamente” não deve ser compreendida de forma aleatória, sob o crivo da intuição do intérprete. Retomando a lição de Vicente Greco Filho³²⁶, tal elemento normativo do tipo significaria “sem justa causa”, mais precisamente “acima dos preços de mercado”. Ainda assim, subsistiria larga margem para interferência subjetiva do aplicador na delimitação da conduta típica. A exegese teleológica da norma conduz à conclusão de que pretende coibir o aproveitamento pelo licitante ou contratante da necessidade do Poder Público de manter ou obter a contraprestação ou da falta de condições de verificação da plausibilidade da elevação dos preços. O crime realmente independe do conhecimento e da anuência do administrador responsável.

Guilherme de Souza Nucci³²⁷ preconiza a inconstitucionalidade da elevação arbitrária dos preços, reputando indevida tal incursão do Estado na atividade comercial privada, sob pena de violação do direito de propriedade e de livre concorrência. Eventual abuso ao propor os preços é contrastado pela possibilidade de rejeição da proposta pelo Poder Público, além da desapropriação e outras medidas coercitivas legítimas, descabendo aquela restrição à autonomia contratual, sobretudo mediante cominação de pena. A propósito, se a majoração estiver imbuída de má-fé, como no conluio entre licitantes para eliminar a competitividade da licitação, a conduta já estará albergada pelo art. 90, da Lei. É sedutora a tese de incompatibilidade entre vários preceitos constitucionais e o inc. I, do art. 96, da Lei 8666/93. Hely Lopes Meirelles³²⁸, no entanto, denominando tal delito de estelionato licitatório, não comunga da opinião de que a tipificação da elevação de preços é inconstitucional, porque a norma exige também a fraude.

Por outro lado, a infração consistente na venda da mercadoria falsificada ou deteriorada como perfeita deve ficar restrita à efetiva tradição, até mesmo para prestigiar a imposição de lesividade. Tratando-se de coisa móvel, o negócio se perfaz com a tradição. Ato antecedente, deste modo, não reclamaria a intervenção penal. A terceira

³²⁶ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 117.

³²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 864.

³²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 187.

modalidade de fraude, qual seja, a entrega de uma mercadoria por outra pode funcionar como tipo subsidiário do anterior. Embora seja irrelevante, a rigor, a aceitação ou concordância do administrador, melhor solução seria exigí-la, a fim de que fosse punida apenas a conduta que mais se aproxima da lesão do bem jurídico protegido. Sem a probabilidade da indesejada introdução da mercadoria viciada no patrimônio público, não se justificaria a pena, bastando o tratamento do problema por outros ramos do Direito. De qualquer modo, aquela interpretação no sentido de que o delito depende do prejuízo oriundo da fraude evita a intervenção penal sobre condutas desprovidas de lesividade.

A reprovação penal não deve recair sempre sobre todos os comportamentos moralmente ilegítimos ou geradores de possibilidade de risco, independentemente da perspectiva real de lesão. Deve-se também atentar para a exigência de dolo, comumente evidenciado pelo interesse e iminência de vantagem econômica indevida. O descaso, a negligência e o mau comportamento contratual não são suficientes para a incidência do Direito Penal, com todas as suas consequências gravosas. Dolo e resultado ou perigo concreto são fundamentais. Não se deve olvidar de que o tipo clássico, nesta seara, cuida de fraudes às licitações.

O delito de tornar injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, por sua vez, contempla as demais. Por sua abrangência e excesso de elementos normativos do tipo deveria ter sido dispensado pelo legislador. No tocante à proposta, não há como reconhecer crime no ato de torná-la onerosa, tendo em vista a livre concorrência e a liberdade de negociar do cidadão. Basta, então, a rejeição pela Administração. A responsabilização criminal não observou, neste caso, a condição de *ultima ratio* do Direito Penal. Marçal Justen Filho chega a considerar todo dispositivo inconstitucional por violar a taxatividade e a legalidade.

No entanto, para cumprir o preceito ou até conferir alguma utilidade à proibição da onerosidade superveniente da execução do contrato, mas ao mesmo tempo evitar o sacrifício das garantias do Direito Penal, restaria ao aplicador restringir sua incidência às hipóteses de prejuízo à Administração provocado por má-fé, quando a proposta for vencedora. Não se quer afirmar com isso que o oferecimento de condições mais desvantajosas não seja preocupante e não comprometa o interesse público, sobretudo se incentiva a adoção da mesma postura pelos demais licitantes ou contratantes. Entende-se somente que esta conduta pode ser evitada ou contrastada por outras ações do Estado.

Os mecanismos alternativos eficazes, a intervenção de outras instâncias do ordenamento jurídico ou a concepção de um Direito Administrativo Sancionador prestigiariam o próprio Direito Penal, como *ultima ratio*. Este responderia apenas aos comportamentos mais graves e lesivos ao bem jurídico, como a fraude acima descrita (provocação dolosa de real prejuízo no procedimento licitatório ou na execução do contrato). Reputa-se contraproducente e ilusória a ideia de que a ampliação incessante do Direito Penal o fará mais presente na vida do cidadão e, por conseguinte, mais observado, respeitado e eficiente para tutela de tradicionais e novos interesses. Não se deve superestimar seu poder de controle social. Muito pelo contrário, introduzido em todos os âmbitos e banalizado, perderá seu inestimável valor e será cada vez mais ignorado e violado.

Neste contexto, antes do prejuízo, o delito deveria ser considerado tentado e a pena imposta, menor. A tarefa interpretativa também não deve se olvidar destes limites da intervenção penal, mesmo quando não andou bem o legislador. Seguindo lição de Vicente Greco Filho, se ocorreu elevação arbitrária dos preços por ocasião da licitação ou entrega do produto deteriorado, mas não redundou em prejuízo para Administração, porque o procedimento, por exemplo, foi anulado ou revogado, a infração não se consumou. Não basta a demora oriunda da desclassificação das propostas ou outros desdobramentos desvantajosos do insucesso provocado da licitação. Se não houvesse efetivo prejuízo econômico, a conduta do tipo em apreço não ultrapassaria a esfera da tentativa. Tal interpretação melhor atende às diretrizes preconizadas para o combate eficaz, mas também preciso e garantista dos crimes contra as licitações.

Diógenes Gasparini³²⁹ pondera que a expressão Fazenda Pública, assim como aquela empregada no art. 92, da Lei (Poder Público), deve ser concebida como Administração Pública, em sentido amplo, englobando sociedades de economia mista. Realmente, não haveria razão plausível para o legislador excluir da proteção legal algumas das pessoas jurídicas vinculadas à licitação e ao mesmo tempo contempladas pelos benefícios de sua instauração, rompendo com a coerência e o espírito do diploma, em um dispositivo isolado.

Para André Guilherme Tavares de Freitas³³⁰, a fraude à licitação em prejuízo de patrimônio de pessoa jurídica de direito privado ou movida pela intenção de

³²⁹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 129.

³³⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 163.

prejudicar o licitante e não a Fazenda, poderia se subsumir ao art. 171, do CP. Conforme lição de Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade, o legislador empregou, ao longo do texto, a expressão “Poder Público”, incluindo entidades de direito privado obrigadas a licitar, enquanto no art. 96, do diploma, referiu-se a “Fazenda Pública”, restrita aos entes de direito público, como, aliás, dispõe o art. 1º, da Lei 6830/80. Este aparente conflito de normas suscita controvérsia entre aqueles que invocam a legalidade estrita, recusando a interpretação extensiva, e a doutrina majoritária e mais fiel à exegese sistemática e teleológica dos preceitos penais, sem desprezar a aplicação da regra geral do art. 85, da Lei.

Diógenes Gasparini³³¹ assevera que o contrato pode ser de Direito Administrativo ou de Direito Privado, tendo como instrumentos de formalização a carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço e o termo de contrato. Salienta que a venda pela Administração inclui a permuta e a doação. Com efeito, a preocupação da lei é evitar que ela se desfaça de bens, sem as medidas que atendam efetivamente ao interesse público, como a recomposição patrimonial perfeita e a escolha do destinatário apropriado. A interpretação gramatical, neste ponto, desprezaria a visão sistêmica e teleológica das normas que regem a matéria.

A diminuição arbitrária do preço de venda de bens da Administração, ao contrário da elevação dos de compra, não foi tipificada, não obstante o condão de produzir prejuízo de monta equivalente, falecendo ao texto a harmonia almejada. Restaria a possibilidade de subsunção ao art. 90, da Lei em apreço, à luz da legalidade estrita e da taxatividade. Prejuízo é o dano econômico direto (financeiro) ou indireto (quantidade ou qualidade indesejada, sendo irrelevante a aceitação ou anuência do servidor para caracterização da infração). Em contrapartida, se superiores os preços da venda pelo ente administrativo, a alteração não é típica, por ausência de lesão ao bem jurídico, descabendo exegese literal da norma, como bem registra Diógenes Gasparini³³². Este autor, no mesmo sentido, argumenta que a conduta de tornar onerosa a proposta somente é crime, se esta for vencedora. Todas as infrações do artigo, ademais, exigem o dolo específico de causar prejuízo à Fazenda. Neste contexto, admite-se a tentativa. Realizada uma das condutas, mas ausente pagamento por circunstância alheia à vontade do agente, não se consuma o delito.

³³¹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 129.

³³² Idem, p. 131.

Marçal Justen Filho³³³ entende que o delito apenas se consuma com a contratação do particular, após a Administração ser levada a equívoco, selecionando proposta que não era efetivamente a mais vantajosa. Também preconiza a inconstitucionalidade da tipificação da elevação arbitrária, pois o agente econômico goza da liberdade de majorar seus preços. Aduz que a hipótese do inc. II já está contemplada pelo inc. III, do art. 96, da Lei em estudo, e esclarece que o verbo “vendendo” foi empregado incorretamente, pois é punido o descompasso entre a execução e a proposta, o qual não se confunde com defeito na formulação da oferta. Procede também sua conclusão no sentido de que a entrega de uma mercadoria por outra deve encerrar vantagem para o particular e prejuízo à Administração, assim como a alteração de suas condições (inc. IV). Referido autor sustenta a tese de inconstitucionalidade do inc. V, do art. 95, do mesmo Diploma Legal, por ofensa aos princípios da legalidade e tipicidade. A descrição da conduta de tornar onerosa por qualquer meio a proposta ou execução seria assaz vaga, inviabilizando o conhecimento exato pelo indivíduo do comportamento que é típico ou não, naquela sede.

Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade³³⁴ negam o crime, quando a proposta é onerada por justo motivo, fundado no interesse público, como o aumento imprevisível da matéria-prima. Cumpre lembrar, neste lanço, do princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, cuja aplicação não seria obviamente injusta, como exige o tipo penal. Não se olvide ainda da necessidade do elemento subjetivo do injusto representado pela intenção de causar prejuízo à Fazenda. A tentativa, com efeito, é possível, pois as condutas do dispositivo admitem fracionamento. Por fim, a aceitação da desvantagem pela Administração não descaracteriza o delito, mas pode justamente evidenciar o concurso de pessoas, se presente o dolo de seu agente.

7.9 Admissão de inidôneo em licitação ou contrato

A tipificação da admissão à licitação de empresa ou profissional declarado inidôneo, no art. 97, da Lei 8666/93, não segue, rigorosamente, os princípios da intervenção mínima e a premissa da proteção de bem jurídico, sob o prisma constitucional. Bastaria tratar de tal infração no âmbito administrativo, sem prejuízo da desclassificação ou anulação dos atos, e considerar crime, na melhor das hipóteses, a celebração de

³³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 839.

³³⁴ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 207.

contrato com inidôneo – e não seu simples ingresso no certame – para se resguardar a moralidade e, por via oblíqua, o erário público. Neste ponto, a rigor, nem mesmo a inidoneidade por fato anterior conduziria à certeza absoluta de que os interesses da Administração seriam frustrados, novamente, e de que esta sofreria prejuízo econômico. A intervenção penal já rechaçaria a fonte de perigo, ao proibir e punir a contratação da pessoa física ou jurídica inidônea. Mostra-se, então, despicienda e excessiva, ao adiantar suas barreiras para criminalizar a simples admissão ao procedimento, sem a certeza sequer de que comprometeria de fato seu curso, seu resultado e o patrimônio do contratante.

O emprego da presunção absoluta deve ser excepcional e pontual, como meio indispensável à proteção de bem jurídico de extrema relevância. A legislação pátria, no entanto, abusou e vem abusando deste recurso dogmático, no afã de controlar a dinâmica da sociedade e na crença de que o expediente concorre para uma tutela mais eficiente. Preconiza-se, nesta sede, a desmistificação desta ideia e a recondução da ótica do legislador à importância de um núcleo de garantias e liberdades fundamentais, estratégica, aliás, para a própria valorização e prestígio do Direito Penal.

Faleceria legitimidade à incriminação da simples admissão preliminar do interessado ao certame, sobretudo se este sequer acalentasse um fim específico reprovável, por haver diversos instrumentos à disposição da Administração para evitar que mero licitante chegasse a ser contratado, como a necessária, cabível e oportuna desclassificação, a fiscalização e o controle permanentes e externos do procedimento, o exercício do poder disciplinar e a responsabilização administrativa, a revisão e a revogação *ex officio* dos atos administrativos entre outras medidas. Ademais, a admissão culposa é atípica, enquanto a dolosa, certamente, integraria empreitada delituosa mais grave, ainda que na modalidade tentada, como a fraude ou o ajuste para frustrar competitividade.

O tipo, a rigor prescindível, sob égide da fragmentariedade e subsidiariedade, deveria ao menos contar com dolo específico, voltado ao comprometimento real do interesse do Poder Público e à submissão do bem tutelado ao perigo concreto. Auspiciosa ainda a redação mais incisiva e clara na exigência do elemento subjetivo do tipo, evitando-se a responsabilização penal daquele que permitiu o ingresso do licitante inidôneo, com vontade e conhecimento, mas por equívoco ou motivo alheio ao favorecimento. Outra crítica ao dispositivo é a adoção despicienda de norma

penal em branco, que estaria presente, para Toshio Mukai³³⁵, na necessidade de complementação administrativa sobre a declaração de inidoneidade de alcance nacional.

De qualquer maneira, a simples participação no procedimento, sobretudo se ausentes condições de vencê-la, não representaria efetiva lesão ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por outro lado, condutas que o gerassem, com fim específico de comprometer os princípios das licitações, já se subsumiriam, em princípio, a outros tipos penais. O parágrafo único, do art. 97, do Diploma Legal em apreço, também se excede na tipificação de atos remotos e afastados do dano, preocupando-se em conferir resposta penal a uma conduta moralmente reprovável, ainda que ausente uma real perspectiva de lesão ao bem jurídico. Pautando-se pela premissa de que a sanção criminal serve, essencialmente, à sua proteção, não há como reputar imprescindível sua imposição à pessoa inidônea que tão somente venha a licitar ou a tentar fazê-lo. Neste caso, não é absolutamente certo sequer que será admitida, furtar-se-á à desclassificação, formalizará o contrato, descumprirá suas obrigações e provocará dano ao contratante. Sob qualquer ângulo de análise crítica, urge redimensionar a amplitude da intervenção penal destinada a salvaguardar as licitações, como a doutrina e a jurisprudência já fazem em relação a outras objetividades jurídicas.

Como política criminal e mesmo sob o prisma funcionalista, a tipificação do ato de celebrar contrato, que, por conseguinte, já comportaria a admissão à licitação como tentativa, permitiria rechaçar o risco, embora remoto, de lesão ao bem e aplicar pena variável de acordo com a etapa do *iter criminis*, em obediência ao princípio da proporcionalidade. Enfim, é despicienda e abusiva esta equiparação, cada vez mais comum nas legislações recentes, entre atos substancialmente distintos em relação grau de ataque ao bem jurídico.

A tentativa do particular de licitar, por sua vez, a despeito de óbice normativo, não tem a mesma gravidade e ofensividade da realização de negócio prejudicial ao erário. A propósito, diante da redação do preceito legal, a doutrina acabou por admitir a modalidade tentada somente para a celebração de contrato, sem prévia licitação, pois, quando realizada, o crime já estaria consumado com a admissão do inidôneo pelo servidor e com a apresentação da proposta pelo licitante, respectivamente.

³³⁵ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*, p. 216.

Outrossim, se se cogitasse de tentativa de admissão à licitação, teríamos intervenção penal sobre atos preparatórios muito distantes do âmbito de lesão ao bem jurídico, em detrimento da intervenção mínima. Cumpre destacar que a expressão *celebrar contrato* não depende de instrumento próprio, o qual é obrigatório apenas na concorrência, tomada de preço, dispensa ou inexigibilidade de licitação, nos limites de valor e condições legalmente estipuladas. Assim, a realização de negócio por carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço para pessoa inidônea seria típica e, então, punida.

Destarte, o bem jurídico é a moralidade e o crime é de perigo abstrato. O sujeito ativo do *caput* é o servidor e o do parágrafo, o particular declarado inidôneo. A admissão à licitação é instantânea, não contemplando tentativa. Para alguns estudiosos, a contratação também não poderia ser tentada, pois a etapa anterior já estaria inserida na tipificação, salvo aquela realizada, mediante dispensa ou inexigibilidade.

André Guilherme Tavares de Freitas³³⁶, por sua vez, assevera que somente neste artigo o parágrafo seguiu a boa técnica legislativa, reforçando a tutela penal, mediante tipo derivado, destinado a responsabilizar outros sujeitos que poderiam escapar do alcance do *caput*. Com efeito, tutela-se apenas a moralidade, na medida em que o patrimônio eventualmente poderia até ser beneficiado pelo negócio firmado com o inidôneo.

Para Hely Lopes Meirelles³³⁷ as duas normas penais (*caput* e parágrafo) tutelam o cumprimento de sanção administrativa do art. 87, IV, da Lei, o que constitui mais um motivo para se reputar inadequada suas existências, sob a égide da intervenção mínima, havendo outros meios de execução daquela reprimenda e de impedimento da contratação da pessoa inidônea. O ilustre autor não admite, além disso, a tentativa na segunda modalidade da infração.

No mesmo diapasão, Vicente Greco Filho³³⁸ assevera que a incriminação sanciona o inc. IV, do art. 87 e o art. 88, da Lei, enquanto perdurarem os efeitos da declaração de inidoneidade por inexecução total ou parcial do contrato. Reputa irrelevante a justiça ou correção da decisão administrativa. Para a infração basta que não seja desclassificado ou acabe contratado, com dispensa ou inexigibilidade do certame. O

³³⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 169.

³³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 187.

³³⁸ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 122-125.

autor ressalta que a anulação ou revogação da condição fulmina o elemento do tipo, enquanto a reabilitação somente surte efeitos para o futuro. Considera como bem jurídico a segurança da Administração na contratação; como sujeito ativo do *caput*, o servidor; e do parágrafo, o licitante ou contratante. Aduz que se consuma a infração, respectivamente, com a classificação e com a assinatura do contrato, cujo instrumento pode ser nota de empenho, ordem de execução etc. O professor citado também reconhece a tentativa somente para a celebração direta de contrato, pois a infração já teria se consumado, se tivesse ocorrido licitação. Admite o dolo eventual, como na pendência de contestação da inidoneidade, e o concurso com outras infrações.

Na lição de Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade³³⁹, a moralidade é o bem jurídico e, tratando-se de comissão, os membros que manifestaram sua discordância não cometem a infração. Observam, ademais, que o delito do parágrafo é especial próprio, pois somente o profissional alcançado pela declaração pode ser autor. Admitem o dolo eventual, quando, por exemplo, o servidor simplesmente deixa de consultar o sistema de cadastramento de fornecedores. Pondere-se, todavia, que esta negligência pode caracterizar culpa e que a Lei não contempla crimes culposos, motivo pelo qual são necessárias pelo menos evidências da inidoneidade, desprezadas por aquele que assumiu o risco do resultado. Para os dois autores invocados, consuma-se a infração do *caput* com o julgamento da habilitação, se prevista tal fase, ou com o envio da carta-convite e, na segunda modalidade, com a assinatura do contrato. Neste caso, embora a tentativa possa ser idealizada, salientam, com propriedade, que, na tentativa de assinar, comumente já se consumou a admissão à licitação.

Enfim, não se encontra justificativa plausível para a enfatizada antecipação das barreiras do Direito Penal em relação à perspectiva de lesão do respectivo bem jurídico. Forçoso lembrar que a jurisprudência e a doutrina tendem a reconhecer o concurso material com outros crimes da lei, como dispensa ilegal de licitação, elevação arbitrária de preços e advocacia administrativa, por haver mais de uma lesão, com desígnios autônomos. Não se vislumbra simples crime-meio absorvido por outro mais grave ou específico, mas a coexistência de alternativas de execução, tipificadas ou não. A escolha por uma típica deveria, então, ser coibida. Esta orientação somente corrobora a necessidade de restrição dos tipos penais às condutas mais ofensivas aos princípios

³³⁹ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 208.

fundamentais das licitações, reservando-se outros ramos do Direito para infrações periféricas e evitando-se a duplicidade da intervenção penal.

O art. 97, da Lei 8666/93, contém como elemento do tipo a condição de *declarado inidôneo*, sendo irrelevante se a decisão administrativa foi correta e se há recurso pendente. Pode ter decorrido de inexecução parcial ou total de contrato, de condenação definitiva por fraude fiscal ou de ilícitos que tenham frustrado os objetivos da licitação ou o contrato anterior. Na lição do professor Vicente Greco Filho³⁴⁰, se a declaração de inidoneidade vier a ser revogada ou anulada, não haverá crime, mesmo na hipótese de condenação transitada em julgado. O fenômeno, no seu parecer, assemelha-se à repercussão da rescisão da sentença declaratória da falência sobre o delito falimentar. No mesmo sentido, a conduta é atípica, se estava reabilitado, pois ausente o elemento do tipo. Todavia, a reabilitação não exclui o crime, se ocorreu por fato posterior, nos termos do art. 87, VI, da referida Lei. O ressarcimento não faz desaparecer a declaração e seus efeitos. Por ocasião da ação ou omissão, o licitante ou contratante era inidôneo.

Consoante ensinamento de Guilherme de Souza Nucci³⁴¹, a declaração pode decorrer da inexecução de contrato com o Poder Público ou de atos de improbidade, nas hipóteses do art. 9º a 11, da Lei 8429/92. Convincente a posição de Paulo José da Costa Junior, que exige elemento específico representado pela ciência de que o licitante é inidôneo. Embora fosse mais apropriada a previsão de tal circunstância, o legislador contentou-se com a existência de uma declaração de inidoneidade, deixando de usar a expressão *que sabe ser inidôneo* (dolo direto) e admitindo o dolo eventual. De qualquer modo, o dolo não deixa de ser genérico para ser específico tão somente por contemplar todos os elementos do tipo, inclusive a aludida declaração. O dolo específico contém uma vontade de mais um fato, como desdobramento possível daquele descrito e não se refere, propriamente, a uma circunstância já presente no primeiro.

Para a doutrina majoritária, o crime é formal, de forma livre e de perigo abstrato, comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo a tentativa. André Guilherme Tavares de Freitas³⁴² entende que servidor destituído de competência específica para julgar a habilitação ou celebrar o contrato pratica a infração, se atua nesta condição, sem que o crime deixe de ser próprio. O delito do parágrafo também deve ser

³⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 123.

³⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 866.

³⁴² FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 169.

cometido pela pessoa física declarada inidônea, superada a etapa de habilitação, não bastando a proposta.

Ainda no seu entendimento, o tipo é misto alternativo e o servidor fica incurso por uma vez no dispositivo, se contrata inidôneo, após admiti-lo no certame. Diversamente do art. 96, da Lei, não estão excluídos os contratos celebrados, mediante dispensa de licitação. Basta o dolo eventual e prescinde-se do específico. Para referido autor, não obstante de mera conduta, a infração pode ser tentada.

Jessé Torres Pereira Junior³⁴³ entende também que, se o agente admite inidôneo à licitação e o contrata, pratica uma só infração. Nega a tentativa, todavia, da primeira modalidade, por ser de mera conduta. Classifica o tipo do parágrafo, igualmente, como misto alternativo, consumando-se o crime com o depósito da proposta ou formalização do contrato, admitida a tentativa.

No ensinamento de Diógenes Gasparini³⁴⁴, a admissão à licitação do inidôneo consuma-se com a habilitação irrecorrível pela comissão ou responsável pelo convite, enquanto a contratação pode ocorrer até mesmo verbalmente ou decorrer de dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório, na falta de ressalva legal a respeito. Para o autor, a nulidade do ajuste por ausência de formalidade, como a celebração oral, por exemplo, não obsta a configuração do delito.

Marçal Justen Filho³⁴⁵ ensina que a infração de admitir à licitação se consuma com o ato formal de julgamento da fase de habilitação, mas salienta que, se procedimento é extinto, não há delito. Vislumbra-se aqui mais um reflexo da noção de proteção de bem jurídico e de lesividade como pressuposto da intervenção penal. No mesmo diapasão, deve estar presente o desiderato de obter vantagem ou de prejudicar a Administração, bem como o conhecimento da sanção pelo agente. Há corrente doutrinária que admite, porém, o dolo eventual, como na contratação do inidôneo, amparada por liminar de mandado de segurança que suspendera os efeitos da declaração de inidoneidade, subsistindo o risco assumido de denegação ao final.

Para Ricardo Antonio Andreucci³⁴⁶ é preciso dolo específico correspondente ao conhecimento da inidoneidade, não obstante seja mais correto concebê-

³⁴³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 860.

³⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 134.

³⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 840.

³⁴⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 489.

la como mero elemento do tipo, sem finalidade especial de agir. Adel El Tasse³⁴⁷ admite a modalidade omissiva do verbo admitir, quando o agente apenas despreza ou ignora a inidoneidade.

Marçal Justen Filho³⁴⁸ propugna a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 97, da Lei de Licitações, por ofensa aos princípios da isonomia e proporcionalidade, pois a simples disposição daquele punido administrativamente em participar de licitação não justifica resposta de natureza penal, sobretudo quando outros particulares, que também não preenchem os requisitos de habilitação, recebem tratamento distinto, como o devedor da Seguridade Social ou a pessoa que teve suspenso o exercício do direito de licitar. Guilherme de Souza Nucci³⁴⁹ discorda de tal conclusão, asseverando que a ausência de tipificação de um fato grave não conduz à impunidade dos demais previstos em lei, ainda que semelhantes.

Desponta divergência, contudo, acerca da repercussão da nulidade, podendo prevalecer a exigência da lesividade ou a defesa intransigente da tipicidade, fundada na ideia de que é vedado ao interprete distinguir onde a lei não o fez. A primeira orientação merece prosperar, porque o tipo pressupõe a validade do contrato, sob os demais aspectos. Vale dizer, se o ajuste não geraria efeitos ou se seriam estes rechaçados, oportunamente, não se cogita de risco ao bem jurídico, assim como a anulação ou revogação da declaração de inidoneidade exclui o crime. A propósito, exige-se que o profissional ou empresa esteja cumprindo ou deva cumprir a sanção administrativa. Se já o fez, foi anistiado ou habilitado, não haverá delito.

De qualquer maneira, houve abuso no adiantamento das barreiras do Direito Penal, pois risco tão remoto ao bem jurídico tutelado, decorrente da simples participação na licitação de alguém que supostamente poderá não honrar compromissos assumidos, não justifica a imposição de sanção penal, à luz da intervenção mínima. O tipo sequer exige expressamente o conhecimento da inidoneidade e o fim de prejudicar a licitação. O perigo presumido chega a pressupor a imprevisível vitória do licitante.

O parágrafo do dispositivo também se excede, ao responsabilizar criminalmente quem apenas não se abstém de participar do procedimento, sobretudo após discordar ou questionar em juízo a declaração. Não obstante moralmente reprovável, a

³⁴⁷ TASSE, Adel El. Op. cit., p. 680.

³⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 841.

³⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 867.

conduta não goza de relevância penal para efetiva proteção do bem jurídico, sob a égide da Lei Maior. O comportamento ideal, outrossim, pode ser obtido por outras instâncias do Direito.

A inidoneidade pode decorrer de sanção aplicada por outras autoridades, como os Tribunais de Contas, sendo necessariamente administrativas, mesmo após declaração judicial, segundo a doutrina mais sólida. Além disso, enquanto pendente de recurso e conferido efeito suspensivo ou se preexistente reabilitação, não ocorre o crime. A reabilitação posterior, aliás, não exclui o delito, ao contrário da revogação ou anulação da declaração.

7.10 Condutas contra inscrição e fidelidade de cadastros de licitações

O art. 98, da Lei 8666/93, revela mais uma vez a sanha legislativa pela incriminação de condutas que poderiam ser eficazmente coibidas e sancionadas pelo Direito Administrativo e outros ramos do Direito. Considerou crime dificultar, obstar ou impedir, injustamente, a inscrição de interessado nos registros cadastrais de licitantes ou promover, indevidamente, a alteração, suspensão ou cancelamento de registro.

Verifica-se, novamente, método inadequado de tipificação, semelhante à equiparação da tentativa e consumação. Ainda que se reputasse necessária a intervenção penal nesta fase do procedimento, a fim de que o resultado não desatendesse aos escopos das licitações, bastaria tipificar o impedimento, relegando para a modalidade tentada a ação de obstar ou dificultar, com sanções menores, nesta ordem, para otimização do princípio da proporcionalidade. Assim como os benefícios da disputa para o contratante, a isonomia entre concorrentes estaria, igualmente, assegurada. Portanto, merecem críticas as opções dogmáticas do legislador e até mesmo a existência deste tipo penal. Sem reclamar dano efetivo à licitação ou elemento subjetivo neste sentido, uma enorme gama de atos assaz distanciados daquela lesão, a qual seria apenas remotamente previsível, constituiriam infração penal.

A alteração indevida de registro, por sua vez, poderia ser coibida e punida por tipo preexistente, como a falsidade ideológica. Enfim, embora a inscrição no registro cadastral comporte interesse público, substituindo a documentação para habilitação, simplificando o procedimento e, concomitantemente, oferecendo-lhe

segurança, como requisito da tomada de preços e do convite, a tutela de sua regularidade prescinde da excepcional e valiosa intervenção penal.

Isto não significa que tais atos sejam desimportantes e não devam ser considerados ilegais pelo ordenamento, mas tão somente que não precisam de sanção penal para tanto. Segundo as premissas adotadas quanto aos fundamentos, funções e limites da pena (retributiva e proporcional, por exemplo), em um modelo de Direito Penal idealizado pela evolução do pensamento jurídico (objetivo, codificado e enxuto, duplamente garantista e eficaz), forçoso optar pela tipificação de condutas que representem lesão ou perigo concreto ao bem jurídico, cuja tutela é imposta ou encontra abrigo na Lei Maior. Admitir-se-ia apenas excepcionalmente a criação de tipos de perigo abstrato, quando a proteção de bens extremamente relevantes para a humanidade não pudesse ser eficiente de outro modo. Isto decorreria de adversidades de ordem dogmática e do surgimento de riscos específicos, cuja extensão de conhecimento e de controle ainda recomendasse ao ser humano redobradas cautelas, como na manipulação genética e no combate ao terrorismo.

Somente em situações de tal jaez, diante da possibilidade de lesão de dimensões trágicas para a sociedade e enquanto não houvesse saber científico e domínio suficiente sobre as fontes de perigo, atos preparatórios e desdobramentos, visando resguardar o fundamento maior da ordem jurídica, qual seja, a dignidade da pessoa humana e um rol mínimo de direitos humanos, justificar-se-iam concessões em desfavor dos parâmetros dogmáticos do modelo garantista de Direito Penal. Vale dizer, refuta-se a tendência de manejar tipos abertos, de perigo abstrato e normas penais em branco contra quaisquer perigos a toda espécie de bem jurídico e, indiscriminadamente, contra a sensação de insegurança própria do que se convencionou denominar sociedade de risco, sob pena do sacrifício de conquistas históricas da humanidade, como as garantias individuais e os direitos fundamentais, cuja repercussão no Direito Penal é mais sensível, gravosa e evidente. A atividade legiferante e interpretativa não deve se dissociar dos princípios norteadores da intervenção penal albergados pela Carta Magna, por mais que se intensifiquem o clamor da mídia e as demandas pretensamente sociais por um Direito Penal simbólico, robusto, emergente e severo.

Além do preconizado descabimento da criação do art. 98, da Lei de Licitações, para proteção de bem jurídico, cumpre consignar outros problemas detectados no dispositivo. Há quem repete inconveniente a inserção dispensável do elemento

normativo do tipo “injustamente”, por não atender aos postulados de objetividade, clareza e segurança jurídica, em virtude do grau de subjetivismo que carrega e de amplitude interpretativa que propicia. De qualquer modo, o texto normativo deve ao menos ser bem interpretado, vislumbrando-se no tipo a preocupação com o desiderato de prejudicar o licitante ou a Administração e reclamando-se injustiça do óbice ou do impedimento ao cadastro. No mesmo diapasão, se a alteração, suspensão ou cancelamento não são indevidos, não existe delito. O dolo e a necessidade de proteção do bem jurídico deveriam nortear o intérprete, ainda que as expressões “injustamente” e “indevidamente” não tivessem sido empregadas. Se o ato sobre a inscrição ou cadastro é exigível do servidor, como bem observa Guilherme de Souza Nucci³⁵⁰, não pode integrar crime. Como no cumprimento de decisão judicial, sequer haveria tipicidade, prescindindo-se da incidência da excludente do estrito cumprimento de dever legal.

Os arts. 34 e 37, da Lei 8666/93, disciplinam os registros cadastrais. Para André Guilherme Tavares de Freitas³⁵¹ o bem jurídico tutelado é o funcionamento regular da Administração. Como não seria nenhum daqueles albergados pela Lei Maior, não se justificaria a intervenção penal. O abalo na segurança dos registros, aliás, não representa, inexoravelmente, imoralidade administrativa.

Jessé Torres Pereira Junior³⁵² considera bem jurídico a integridade e a fidelidade dos registros da Administração, que não encontram respaldo, porém, no mandado de criminalização implícito para tutela das licitações. Aqueles interesses não consubstanciam valores ou princípios essenciais para a existência do instituto. Ademais, nem todos aqueles relevantes para sua aplicação eficiente exigem proteção penal. Somente os pilares da licitação, cuja preservação por outros ramos do direito mostra-se insuficiente, autorizam a construção de tipos penais para coibir e punir condutas que lhe sejam lesivas.

Diógenes Gasparini³⁵³, além de enfatizar a necessidade de que as ações não sejam corretas ou legítimas, nos termos do art. 34 e 37, da Lei em comento, considera como objetividade jurídica a atividade administrativa, no tocante à segurança de seus registros. Renato de Lima Castro e Pedro Ivo Andrade³⁵⁴, com maior precisão, definem,

³⁵⁰ Idem, p. 867.

³⁵¹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 176.

³⁵² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 862.

³⁵³ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 141.

³⁵⁴ CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Op. cit., p. 211.

como bem jurídico, a isonomia, propícia ao maior número de participantes e à obtenção do negócio mais vantajoso para o interesse público.

Asseveram que qualquer pessoa pode dificultar, obstar, impedir, criticando a redundância destas duas últimas expressões, mas que somente o servidor tem condição de promover a alteração, suspensão ou cancelamento do registro. Reputa-se, mais uma vez, indevida a equiparação pela lei de condutas distintas em relação à lesão, na medida em que a ação de apenas dificultar recebe o mesmo tratamento do impedimento, cuja repercussão é muito mais lesiva ao interesse protegido e cuja reprovabilidade objetiva, por si só, justificaria sanção distinta, em prol dos princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.

Cumpram-se ainda a redundância no emprego dos verbos da primeira parte e a divergência na doutrina sobre a possibilidade de quem não é servidor praticar o delito. Guilherme de Souza Nucci discorda do entendimento de Paulo José da Costa Jr. no sentido de que o crime não é próprio, no tocante aos atos de obstar, impedir ou dificultar. Vislumbra mero constrangimento ilegal, quando praticado por particular. No mais, considera o delito formal, de forma livre, comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo tentativa.

Partindo-se do texto normativo, entretanto, somente não cabe tentativa, quando o ato de obstar ou dificultar não puder ser fracionado. Vicente Greco Filho³⁵⁵, por outro lado, reputa viável o *conatus* apenas na modalidade de promover alteração, suspensão ou cancelamento. Contenta-se, no mais, com o dolo genérico, mas observa que o erro na compreensão ou aplicação das normas de cadastramento não enseja a infração. O brilhante penalista afirma que a norma incide apenas se a conduta for tendente a prejudicar, como na primeira modalidade, salientando que, se visa beneficiar alguém, subsume-se ao tipo do art. 93, da Lei de Licitações, como fraude à habilitação. Reconhece ainda o concurso material com constrangimento ilegal, se o óbice consiste em ameaça, ou com a infração correspondente à violência, quando empregada.

Para André Guilherme Tavares de Freitas, obstar o registro é sinônimo de impedir e, assim como dificultar, pode ser praticado por qualquer pessoa, enquanto a ingerência no cadastro é crime próprio. Em sua opinião, são de mera conduta. Se apenas meios, restariam absorvidos por crime mais abrangente. A grave ameaça e a violência,

³⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 131.

porém, não são indispensáveis à execução da primeira modalidade, motivo pelo qual ensejariam concurso de infrações.

Quanto ao objeto, a alteração recai sobre o conteúdo do registro, a suspensão é a restrição temporária à produção dos efeitos e o cancelamento consiste na extinção definitiva da inscrição, na lição de Marçal Justen Filho³⁵⁶, que ressalva a subsunção à concussão do ato de condicionar a inscrição ou alteração devida do registro a uma vantagem indevida. À luz das considerações sobre a importância da proteção do bem jurídico e lesividade, convence a opinião do aludido doutrinador, que reclama, para a consumação do crime, o escopo de prejudicar a Administração ou de produzir vantagem para si ou para outrem, o que se revela, também, no critério de cálculo de multa para todos os delitos da lei, estritamente relacionado ao benefício econômico visado ou obtido. Assim, discorda de Guilherme de Souza Nucci e Diógenes Gasparini, para os quais bastaria o dolo genérico.

Vicente Greco Filho³⁵⁷ também sustenta o dolo genérico, mas voltado a prejudicar outrem, pois se o intuito é de favorecer, ocorre a fraude do art. 93, da Lei, ao ato de habilitação. Após lembrar que os registros cadastrais valem por um ano, no máximo, demandam atualizações, substituem a apresentação de toda documentação e ampliam o universo de licitantes, o autor afirma que o cadastro é de interesse público e o bem jurídico é a obtenção pela Administração de maior número de concorrentes, além do direito subjetivo de participar das licitações. Aduz que sujeito ativo da primeira modalidade, a qual recai sobre a inscrição, é qualquer pessoa, e da segunda, prejudicial ao registro, é o servidor, embora admita a participação de um na infração do outro.

O autor³⁵⁸ entende, ademais, que obstar e impedir são sinônimos, comportando qualquer meio, como fraude ou violência. Todavia, esta infração contra a inscrição realmente não admite *conatus*, pois o dificultar já a consuma, enquanto seria possível, em tese, tentar promover a mudança no registro. O mestre invocado admite ainda o concurso material, inclusive com a falsidade, embora esta possa, na verdade, ser o meio necessário à execução da segunda modalidade. Destaca, por fim, a importância dos elementos normativos *indevidamente* e *injustamente*, que estariam implícitos, se não

³⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 841.

³⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 128-131.

³⁵⁸ Idem, p. 128.

estivessem descritos no *caput*, e que impedem a punição de mero equívoco na aplicação das normas sobre cadastros.

Sem prejuízo da crítica à própria existência da figura delitiva em apreço, resta, sob o aspecto pragmático, a defesa de uma exegese mais restritiva e teleológica do tipo, reivindicando a lesividade ao bem jurídico realmente tutelado e uma dimensão do elemento subjetivo substancialmente reprovável e pressuposta, eis que não explícita no texto. O óbice à inscrição e a alteração do registro, por exemplo, ainda que indevidos, representariam simples perigo abstrato para o bem jurídico, o qual não precisaria desta excepcional intervenção penal para sua proteção. Isoladamente, não comprometeriam de maneira irreversível a moralidade, a isonomia e o patrimônio da administração. Já lhes seria suficiente a tipificação de condutas mais graves, cuja tentativa as descritas no art. 98, da Lei, poderiam integrar, e efetivamente lesivas aos princípios e aos fins da licitação. Nem todos os riscos remotos a qualquer bem, sobretudo quando não essencial à dignidade da pessoa humana e à sobrevivência da humanidade, como são a biossegurança, o patrimônio genético e a vida de coletividades inteiras perante atos de terrorismo, justificam a ampliação desmedida do rol de condutas criminalizadas, segundo uma hipotética cadeia causal, até a última fonte de perigo. Assim, a vontade e a consciência de praticar um dos atos descritos no dispositivo em estudo não deveriam ser suficientes para caracterização do delito, demandando-se uma dimensão subjetiva reprovável em relação ao real interesse protegido, sob a égide da Lei Maior. Embora se reconheça a dificuldade de exigir um elemento subjetivo específico não incluído, expressamente, na redação, há precedentes jurisprudenciais e doutrinários acerca de outras normas penais que reclamam uma disposição ou atitude subjetiva voltada à lesão do bem jurídico tutelado.

Na realidade, embora os registros cadastrais sejam úteis para a seleção das propostas, outros ramos do Direito poderiam cuidar de sua proteção. Não gozam, como já enfatizado, de liame estreito com o interesse público e os princípios norteadores das licitações. O mandado de criminalização extraído da Lei Maior não autoriza a tutela penal de qualquer interesse, desdobramento ou medida conveniente para a licitação, restringindo-se àqueles bens jurídicos coincidentes com sua existência e finalidades. Afinal, os mandados de criminalização coexistem com outros princípios valiosos, como o da intervenção mínima.

Em suma, os bens jurídicos, cuja proteção pelo Direito Penal foi imposta e permitida pela Carta Magna, como a moralidade, a igualdade e o patrimônio público,

não despontam direta e claramente da tipificação consubstanciada no art. 98, da Lei 8666/93. Na verdade, outros bens foram indevidamente tutelados pela norma, inclusive no interesse dos particulares, embora não precisassem da força excepcional emprestada do Direito Penal, concebido como *ultima ratio*. Não por outro motivo, aliás, alguns autores qualificam as pessoas físicas e jurídicas interessadas no cadastramento como sujeitos passivos secundários.

8 AS SANÇÕES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

8.1 Implicações do princípio da proporcionalidade

Registradas as noções mais perfunctórias sobre o princípio da proporcionalidade, urge compreender seu alcance no ordenamento jurídico, sobretudo no exercício de direitos fundamentais e na incriminação de condutas, bem como os desdobramentos no âmbito específico das licitações. Seja reconhecendo a autonomia da proibição da insuficiência em relação à proibição do excesso, seja recorrendo apenas ao princípio da proporcionalidade, em todas suas dimensões, é inegável que o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, como o de liberdade, não implica o sacrifício de outros. Assim, para a satisfação de alguns direitos estabelecidos pela Constituição e para proteção de interesses coletivos é necessário, por vezes, a incriminação de condutas, com sanções apropriadas, mediante o devido processo legislativo e judicial.

José Paulo Baltazar Junior³⁵⁹ explica que, em decorrência do próprio *status* constitucional dos direitos fundamentais, do princípio da unidade da Constituição e da hierarquia das normas jurídicas, a restrição dos direitos fundamentais deve encontrar fundamento, explícito ou implícito, na própria Lei Maior. As próprias cláusulas de reserva, porém, do ponto de vista material, são limitadas pelo princípio da proporcionalidade e pelo mandamento da ponderação de sorte a evitar que tais reservas possam permitir um esvaziamento dos direitos fundamentais. Aduz que da aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos de defesa resulta uma proibição do excesso, verificada pela determinação do âmbito de proteção do direito fundamental, da intervenção e de sua justificação jurídico-constitucional. O autor citado, no tocante à tentativa de limitar as restrições, destaca o recurso à cláusula de preservação do núcleo essencial, que, se relativa, faria do núcleo o que restasse do direito, após a ponderação, e que, se absoluta, implicaria um cerne de cada direito fundamental insuscetível de ser afetado. Invoca a abordagem do lado positivo do tipo abstrato da garantia fundamental por Alexy, no bojo da teoria ampla, a fim de incluir a cláusula restritiva e a ponderação para afirmação da tipicidade.

³⁵⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 45.

A despeito do caráter de direitos de defesa por causa da origem histórica, os direitos fundamentais, ainda na lição de José Paulo Baltazar Junior³⁶⁰, passaram a exercer também a função de defesa contra ameaças e agressões aos referidos direitos partindo de outros centros de poder, não estatais. Dotados de um conteúdo jurídico-objetivo, como princípios, obrigam o Estado a fazer tudo para a sua concretização, na legislação e na sua aplicação, acompanhando o surgimento dos direitos sociais e do Estado interventivo, e ensejando impulso de mudança, ao invés de manutenção do *status quo*. Deste conteúdo objetivo derivam funções, identificadas pela doutrina, como de proibição de piora, irradiação sobre interpretação, efeito perante terceiros, dever de proteção jurídico-fundamental, critérios para colisão entre direitos fundamentais, direitos de participação por organização, a prestações ou a serviços públicos. Interessa, nesta sede, a proibição da insuficiência.

Os direitos fundamentais ostentam a função complementar de proteção dos bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros, não estatais, mediante medidas legislativas e operacionais. Este padrão mínimo de cumprimento dos deveres de proteção poderia ser exigido do legislador pelo Tribunal Constitucional. O autor exemplifica este efeito vinculante com o descabimento de eventual revogação do dispositivo que incrimina o homicídio. Não haveria como negar, nesta hipótese, o controle de constitucionalidade. Lembra que, na Alemanha, aliás, a Lei Fundamental impõe o dever de proteção da dignidade da pessoa humana a todos. Além desta cláusula geral, estão previstos deveres de proteção de outros direitos fundamentais específicos, como honra, juventude, segurança interna, família, educação e maternidade. A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão extraiu ainda da Lei Fundamental dever geral de proteção. Pronunciou-se sobre proibição do aborto, defesa contra o terrorismo e do meio ambiente.

José Paulo Baltazar Junior³⁶¹, superando a tese da congruência ou convergência, que nega a autonomia da proibição de insuficiência em relação à proibição do excesso e contenta-se com o princípio da proporcionalidade, propugna a compatibilidade entre ambas e invoca lição no sentido de que a proibição da insuficiência determina o nível mínimo de proteção imposta, enquanto a do excesso define o limite máximo da intervenção para o fim de proteção. O legislador deve, então, esforçar-se, de

³⁶⁰ Idem, p. 50.

³⁶¹ Idem, p. 57.

um lado, para não ficar aquém do mínimo de proteção necessária e, de outro, atentar para a proporcionalidade.

Destarte, como a tutela das licitações contempla a de princípios constitucionais e direitos fundamentais, sustenta-se, nesta sede, a obrigação do legislador penal de tipificar suficientemente as condutas que comprometam de fato o bem jurídico. A proteção não pode ser ilusória e meramente formal. Não deve deixar descoberta gama importante de ações e omissões, sobretudo quando análogas a outras tipificadas, como ocorreu na exclusão dos contratos de serviços e obras das fraudes do art. 96, da Lei 8666/93. Não pode estabelecer, outrossim, fatores que dificultem injustificadamente a responsabilização do agente, como a condição objetiva de punibilidade consistente na invalidação judicial do ato provocado pela advocacia administrativa. Os preceitos secundários, além disso, devem corresponder à importância do bem e efetividade da proteção, abandonando o caráter simbólico.

A definição da intervenção penal na seara das licitações deve ser orientada também pelo princípio da proporcionalidade, em todas suas dimensões. A par da extensão abusiva da nossa disciplina penal do tema, segundo os paradigmas do Direito Comparado, consoante o primado da proteção do bem jurídico e sob a égide dos princípios da intervenção mínima e da codificação, há defeitos sérios na sua intensidade e insuficiência nos seus efeitos, comprometendo a qualidade da respectiva tutela. A pena de prisão cominada é sempre de detenção, admitindo, na pior das hipóteses, o regime semiaberto. Ademais, com exceção de algumas modalidades do art. 95, da Lei, os crimes admitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Muitas infrações, como as dos artigos 91, 93, 97 e 98, da Lei, são de menor potencial lesivo, contemplando transação penal e a suspensão condicional do processo. A composição civil somente não é realizada por causa da natureza pública da ação penal, inclusive na queixa subsidiária, e da indisponibilidade do bem tutelado.

Nem mesmo os crimes mais graves contras as licitações e nefastos ao interesse público ensejam reclusão, sobretudo em regime inicial fechado, não obstante os já notórios e pródigos benefícios da execução, como progressão de regime, livramento condicional e saída temporária. Neste contexto, a resposta penal é pífia e branda, quando comparada àquelas aplicadas a condutas de menor repercussão para a sociedade e cujo bem atacado não goza da mesma relevância constitucional, como o furto, a apropriação indébita, as infrações contra a propriedade intelectual e industrial. Com efeito, quem

subtrai com outrem alguns alimentos de um estabelecimento ou comercializa produtos de contrafação para prover a subsistência pode receber sanção mais gravosa do que aquele que fraudou licitação de grandes proporções ou contrato para obra essencial e de vulto, provocando enorme prejuízo ao erário público, a inúmeros concorrentes honestos, ao conceito, à confiabilidade e ao funcionamento da Administração.

O princípio da proporcionalidade deve se aplicar também ao Direito Administrativo, inclusive o Sancionador, no âmbito dos direitos fundamentais. Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶² integra uma exigência ínsita do Estado de Direito para proteção do indivíduo contra intervenções estatais excessivas, ou seja, para que cada restrição de direito individual seja necessária, adequada e proporcional em sentido estrito para proteção de um bem jurídico, ao menos de igual valor, não bastando a proibição do abuso, como esboçou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Diz com os pressupostos materiais da intervenção, preservando a legitimidade do legislativo naquelas limitações. É imanente à essência dos direitos fundamentais, impede que o Direito Penal seja mero instrumento de poder, servindo a valores, e impõe proporção entre a sanção e a gravidade do fato, como exigência da justiça e dignidade da pessoa humana.

A razoabilidade, bastante relevante no direito italiano e norte-americano, representa a aceitabilidade, a idoneidade, a equidade de uma solução, enquanto a proporcionalidade contempla análise comparativa, com graduação, entre o sacrifício e o interesse prestigiado, em uma etapa posterior, quando se ponderam interesses, já considerados legítimos pela razoabilidade, com a medida da intervenção. O proporcional é sempre razoável, mas o inverso não ocorre necessariamente. A racionalidade, por sua vez, diz com a coerência (não contradição) e conformidade com critério racional, ao passo que a razoabilidade remete ao equilíbrio e à oportunidade, com certo grau de discricionariedade. A proporcionalidade, por sua vez, é determinante no exercício da função legislativa. Transplantado do direito penal para o de polícia e, por conseguinte, para o administrativo, o princípio acabou por estabelecer margem para a atividade administrativa, quando não fixada sua medida adequada pelo legislador. Destarte, a reserva legal, além da legitimidade dos meios e fins, impõe a adequação da restrição, sua necessidade e a ponderação entre custo e benefício.

Os valores da Constituição fundamentadora do Estado, traduzidos em princípios expressos ou não e com conteúdo penal ou heterogêneo, moldam o poder

³⁶² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 35.

punitivo. Convivendo com regras no texto constitucional, tornam o sistema aberto, mas condizente com a segurança jurídica. Estes princípios, a par das diversas dimensões e significados atribuídos pela doutrina, distinguem-se das regras, principalmente, pelo maior grau de abstração, caráter qualitativo, possibilidade de prevalecerem ou não sobre outros em determinada situação, sem perderem a validade, e funções propulsiva da complementação da disciplina e limitativa da produção e aplicação das leis. A proporcionalidade apresenta todos estes atributos. A propósito, orienta a construção dos tipos e sanções por criteriosa seleção de condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, além da diferenciação nos tratamentos penais³⁶³.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶⁴ aduz que, pressuposta a relação íntima entre disposições constitucionais e feição atribuída ao Direito Penal, o legislador deve tutelar o valor penalmente na sua exata medida constitucional e que a quantidade da pena fundamenta a hierarquia material dos valores e das formas de tutela em relação às modalidades de agressão. Vale dizer, o legislador não está vinculado ao significado da lesão apenas na seleção das condutas criminosas, mas também na graduação da sanção (qualidade, quantidade e modo de cumprimento). Não havendo hierarquia entre os bens jurídicos no texto da Constituição, surge o desafio para a racionalidade político-criminal dimensionar a resposta legal, justamente no âmbito de maior discricionariedade legislativa, para a tutela ótima.

O cabimento de certa pena em abstrato e em concreto admite apreciação subjetiva, distinguindo o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. A propósito, atualmente, como não se subordina apenas à legalidade, mas à proporcionalidade e à culpabilidade, a pena não pode ser fixa, como no Código Francês de 1791, citado por Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶⁵ perante o receio histórico do arbítrio judicial. Também não se cogita de pena com ampla margem de dosimetria, sob pena de desconsideração da relevância da função legislativa e da segurança jurídica, além do risco de equiparação pelos julgadores de situações muito distintas, em detrimento da proporcionalidade.

Não se deve olvidar ainda da exigência de pena mínima, indispensável à aferição do desvalor de uma ofensa a um bem jurídico, situando-o hierarquicamente em

³⁶³ Idem, p. 59.

³⁶⁴ Idem, p. 156.

³⁶⁵ Idem, ibidem.

prol da proporcionalidade. Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶⁶ invoca como seu fundamento, ademais, o princípio da ofensividade. A subsunção apenas formal de uma conduta, cuja ofensa gerada é insignificante, não permite considerá-la penalmente relevante, consoante farta e sólida jurisprudência. Mesmo a aplicação da pena mínima seria desproporcional à gravidade do fato. Sem o patamar mínimo previamente fixado para cada tipo, como ocorreu no Código Eleitoral, qualquer comportamento de conteúdo lesivo desprezível poderia ensejar a responsabilização criminal.

Outrossim, impõe-se a pena máxima para efetivação do princípio da proporcionalidade, evitando o arbítrio do julgador, como na valoração completamente diferente de gravidade e culpabilidade análogas, e propiciando a segurança jurídica, a garantia de liberdade e da culpabilidade.

Por fim, forçoso estabelecer relação proporcional entre pena mínima e máxima. A amplitude da margem entre as duas deve contemplar a certeza da pena com sua necessária individualização. Não pode subtrair do juiz o poder-dever de dosar a pena, no caso concreto, mas também não propiciar a arbitrariedade. Os critérios para definição deste espaço devem ser racionais, de acordo com as distintas funções do patamar mínimo (tutela necessária) e do máximo (tutela eficaz), e não aleatórias, como ocorre frequentemente na legislação pátria. O ideal seria a previsão de um múltiplo, a fim de evitar que algumas infrações tenham pena máxima doze vezes maior do que a mínima e outras apenas três vezes, como na subtração de incapazes e o sequestro simples, respectivamente, exemplos mencionados por Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶⁷.

Com efeito, esta irregularidade na proporção entre mínimo e máximo lança dúvidas sobre a gravidade objetiva vislumbrada pelo legislador em cada conduta, sobre a culpabilidade e sobre a medida apropriada da intervenção penal, não se devendo olvidar de que a pena hoje não é mais concebida como mera retribuição e que, majoritariamente, considera-se importante a função de prevenção. Definir o necessário e suficiente para coibir e punir, transformando valores jurídicos em expressões numéricas é tarefa árdua que não pode prescindir dos critérios de proporcionalidade. Em sentido estrito, depois de reconhecidas a necessidade e a idoneidade do tipo, surge a valoração comparativa entre o fim colimado e o meio eleito. Cumpre sopesar, então, o valor do bem e o desvalor da conduta ofensiva com o valor do direito ou liberdade individual

³⁶⁶ Idem, p. 162.

³⁶⁷ Idem, p. 167.

restringida. Este mandado ínsito de ponderação, a propósito, é cumprido de acordo com a índole do bem, constitucional ou não.

Como a tutela penal não é genérica, mas fragmentária e específica, de acordo com as modalidades de lesão, na lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶⁸, nem sempre a maior relevância do bem jurídico corresponde ao maior desvalor da conduta tipificada, interferindo vários fatores, como a especificidade da norma, a diversidade de estrutura, a valoração do resultado, a pluralidade de interesses e os níveis de gravidade da ofensa. A proteção de um bem pela incriminação de condutas diferentes justifica a diferenciação das penas cominadas, mas na medida daquelas distinções. Suas margens devem ser hierarquizadas, sancionando mais gravemente os delitos de lesão do que os de perigo, entre aqueles os de lesões mais intensas e assim sucessivamente. Deste modo, a partir da comparação entre sanções, portanto, deveria ser possível extrair a hierarquia material de valores e das formas de tutela em todo ordenamento.

Sob este aspecto, as penas previstas hoje para as infrações mais graves às licitações – detenção de três a cinco anos (art. 89, da Lei 8666/93), detenção de dois a quatro anos (art. 90) ou detenção de três a seis anos (art. 96), além de multa, são mais brandas do que aquelas estabelecidas para vários crimes patrimoniais, como reclusão de dois a oito anos para o furto qualificado ou reclusão de três a oito anos para receptação qualificada. Vale dizer, o autor de uma fraude à licitação de grande empreendimento, cujo desfalque para o erário público alcançar a cifra dos bilhões de reais, cumprirá, na pior das hipóteses, detenção de quatro anos (pena máxima), em regra no regime aberto, com a possibilidade de substituição por restritiva de direitos ou *sursis*, enquanto o furtador de um isolado e modesto objeto pessoal do interior de um veículo, mediante arrombamento, poderá ser apenado, sem os benefícios do art. 44, ou do art. 77, § 2º, ambos do CP, com até oito anos de reclusão no semiaberto, além de outras implicações gravosas, nos termos do art. 33 e ss., do CP. Ademais, a este sentenciado poderia ser imposto o regime fechado, enquanto, nos crimes contra as licitações, a espécie de pena privativa de liberdade estipulada (detenção) acarretaria, até mesmo para o reincidente, na pior das hipóteses, o regime semiaberto.

Assim, embora o furto afronte interesses mais localizados e particulares, ensejaria reprimenda mais severa do que os crimes mais graves contra as licitações, responsáveis pela lesão de interesses metaindividuais, com repercussão danosa para a

³⁶⁸ Idem, p. 173.

Administração e para toda uma coletividade, que teria frustrada a destinação de suas contribuições mediante tributos e carceraria de contraprestação no suprimento de suas necessidades essenciais. Este descompasso deve levar em conta ainda a aplicação final de penas irrisórias para as tentativas, substancialmente reduzidas mesmo nos delitos graves e reprováveis, como na execução parcial de plano audacioso para frustrar a competitividade de uma grande licitação. Nesta hipótese, ao agente poderia ser imposta tão somente detenção de oito meses, ou seja, a mesma reprimenda aplicada ao autor de uma difamação, na presença de outras pessoas (art. 139, cc. art. 141, inc. III, do CP), sujeita à ação penal privada. Enfim, desponta evidente o desprezo da proporcionalidade pelo legislador. Tal princípio impõe a análise sistemática das normas penais codificadas e esparsas, sanando estas distorções da intervenção penal.

Neste lance, é possível recomendar para a fraude e frustração de competitividade e para a dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação a pena máxima de 12 anos de reclusão, como na corrupção passiva, o que reduziria o risco de prescrição em abstrato, hoje muito presente em casos complexos, com vários denunciados e tormentosa colheita de subsídios técnicos. A natureza das infrações e o *status* do bem tutelado admitem tal equiparação. A pena mínima, por sua vez, poderia ser aquela cominada a algumas infrações que também afetam a coletividade, como a reclusão de cinco anos prevista para o tráfico, a qual alcança até mesmo a posse para varejo de pequena porção de substância entorpecente, cuja reprovabilidade não é propriamente superior à da fraude de uma licitação de grande vulto e interesse estratégico para o país.

Não é razoável e proporcional, a propósito, segundo a legislação vigente, aplicar ao autor de grave delito contra licitações detenção em regime aberto de dois ou três anos, com inúmeros benefícios, enquanto aquele que envenena substância alimentícia destinada a consumo (art. 270, do CP) é apenado, na melhor das hipóteses, com dez anos de reclusão, em regime fechado. Desponta nítida a ofensa à proporcionalidade entre as reprimendas previstas para infrações graves que atentam contra a coletividade. A fraude em arrematação judicial, outrossim, cuja pena atual parte de apenas dois meses de detenção, e a fraude a concorrência ou venda em hasta pública do Código Penal, com reprimenda mínima de seis meses de detenção, já destoavam da relação ideal e proporcional entre penas e posição hierárquica de bens jurídicos no ordenamento pátrio vigente. A Lei 8666/93, ainda assim, perdeu preciosa oportunidade de

corrigir estes sérios equívocos e estabelecer preceitos secundários compatíveis com a relevância da matéria que disciplinou.

8.2 Enfrentamento das distorções na responsabilização

Em suma, superada a análise do cabimento e dos limites da intervenção penal, resta a da intensidade. Assim, após indicar os tipos penais que não deveriam existir para tutelar as licitações ou que mereceriam retificações, especificando-as, urge estudar os preceitos secundários, propondo majorações de alguns patamares evidentemente brandos para a gravidade do delito correspondente, sua repercussão social e prejuízo acarretado ao interesse público; e sugerindo revisões de margens de dosimetria e de critérios de imposição de sanções, na busca por proporcionalidade e, por conseguinte, pela tutela penal necessária, suficiente e eficaz, na matéria em apreço.

As características particulares do Direito Administrativo Sancionador, anteriormente enfatizadas, as implicações da incidência plena do princípio da proporcionalidade e demais princípios constitucionais invocados, nesta sede, mormente o da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade, assim como a compreensão da função e limites do Direito Penal, delineada no início do trabalho, recomendam aquele primeiro ramo (administrativo) para o tratamento jurídico de inúmeras condutas que, embora indesejadas, não fulminam indubitavelmente os bens vitais para a subsistência pacífica da sociedade e assim albergados pela Constituição.

O Direito Administrativo Sancionador mostrar-se-ia suficiente, em tese, e mais idôneo para proteger meios e instrumentos das licitações, como a regularidade do procedimento. Outrossim, estando, tais condutas secundárias, sujeitas a variações intensas, no tempo e no espaço, prescindir-se-ia de revisões legislativas mais complexas e demoradas como as previstas para matéria penal. Bastariam alterações pontuais e simples de ordem administrativa. Além disso, mereceriam e receberiam respostas estatais mais céleres e brandas, admitindo a flexibilização de garantias individuais, inclusive processuais, fenômeno este refutado pela doutrina majoritária na seara criminal ou admitido excepcionalmente em situações extremas.

Vale dizer, estas vantagens ao exercício do poder punitivo devem ser contrastadas por limitações ao seu alcance, estimulando sua restrição ao âmbito administrativo, quando não são indispensáveis sanções mais gravosas para os direitos

individuais, mormente para a liberdade. Ainda que se critique esta concepção por ser supostamente utilitarista, não se pode negar que atenda, indiretamente, aos desideratos legítimos de política criminal, auxiliando a construção de uma rede de proteção eficiente de bens jurídicos, sem contribuir para uma hipertrofia e desprestígio do Direito Penal. A compreensão deste último não deve ser hermética, mas abrangente, em conjugação com os demais ramos do Direito, sob pena de não desenvolver a contento a árdua tarefa de delimitar sua missão e lhe conferir funcionalidade, segundo a noção essencial de sistema.

Outra crítica refutável é a de que uma espécie de Direito de Intervenção ou com outra denominação, marcado pela ausência de sanção privativa de liberdade, seria mais brando do que o penal e beneficiaria seus autores, comumente pessoas abastadas. Não se pressupõe e não se reconhece, nesta sede, indiscriminadamente, a adequação das atuais incriminações e reprimendas cominadas para criminalidade de massa ou de menor gravidade, praticada por pessoas supostamente marginalizadas pela sociedade. Além disso, defende-se a tipificação penal de comportamentos efetivamente ofensivos aos bens jurídicos fundamentais em matéria de licitação, com a majoração das respectivas reprimendas.

Ademais, como já se ponderou, as sanções administrativas poderão ser assaz gravosas; não serão precedidas de todas as garantias do processo penal, pelo menos com a mesma amplitude e extremo rigor; e não excluirão as sanções criminais reservadas às infrações mais graves e lesivas aos bens jurídicos, independentemente de injunções de ordem fática, como condição econômico-social do agente. A propósito, eventual preponderância da criminalidade econômica em determinado segmento social e da violenta em outro, além de reversível, constitui variante circunstancial que não afeta, *a priori*, inexoravelmente, a dogmática e a proteção jurídica dos bens relevantes para a sociedade, não se cogitando de ofensa à igualdade substancial.

De qualquer modo, propugna-se, justamente, pelo incremento da responsabilização e agravamento da reação estatal geral aos comportamentos que, embora praticados sem violência ou grave ameaça, ofendem o interesse público, comprometem as potencialidades do Estado e afetam inúmeros ou todos os cidadãos. Almeja-se tão somente delimitar adequadamente o espectro de condutas incriminadas e de respostas, à luz dos princípios constitucionais estudados, a fim de que aquelas menos relevantes para o Direito Penal sejam objeto de outros ramos do Direito e de variegados instrumentos de enfrentamento à disposição do Estado.

A par desta preocupação com a proibição da tutela insuficiente, eventual crítica à pretensa intensificação da autotutela ou problemático tratamento unilateral das infrações retiradas do âmbito penal pode ser rebatida pela observação de que subsistem as garantias individuais na esfera administrativa e controles interno e externo da imposição das sanções. A propósito, a autoridade administrativa não coincide, necessariamente, com o representante do destinatário (ente administrativo) do objeto da licitação ou do contrato. Além disso, os procedimentos administrativos estarão sempre sujeitos à avaliação das instâncias superiores e do Judiciário, na medida em que é defeso subtrair-lhe qualquer lesão ou ameaça a direito. Por fim, não é certo o esvaziamento da proteção por causa da redução de modalidades de intervenção, pois a cumulatividade pode não contribuir, empiricamente, para uma tutela mais eficiente, como se poderia imaginar.

A propósito, a liberdade de conformação legislativa dos ilícitos e das sanções seria correlata ao princípio democrático, mas com os balizamentos superiores da Constituição. É possível, então, o controle, mormente judicial, do conjunto de dimensões jurídicas conferidas a um fato pelo legislador, em conformidade com suas repercussões concretas sobre os direitos fundamentais e a segurança jurídica, em decorrência da proporcionalidade e outros valores albergados pela Lei Maior. A teoria ressalva a relação de supremacia da Administração, preservando o núcleo do Direito Disciplinar.

De qualquer modo, não convencem os argumentos contrários à intensificação do manejo do Direito Administrativo Sancionador, sobretudo em determinadas matérias mais propícias aos seus métodos de intervenção, ainda que acompanhada de uma redução do campo de incidência da intervenção penal e de seu pontual enrijecimento punitivo. Não se reclama para tanto, aliás, uma irrestrita filiação ao Direito Penal Mínimo e ao acolhimento de todos os seus cânones.

Portanto, a intervenção penal deveria se ater a poucos tipos, redigidos com precisão e adequada abrangência no próprio Código Penal, que sancionariam distinta e severamente, em prol da proporcionalidade, apenas as condutas mais reprováveis e lesivas exclusivamente aos bens jurídicos tutelados, à luz das imposições da Constituição. Esta tutela mais sólida, delimitada, contundente e eficaz respeitaria a dignidade penal e constitucional do interesse correspondente, prestigiando, ademais, o poder e as garantias do Direito Penal.

Sua força e legitimidade, em contrapartida, restariam comprometidas, se dispersas sobre variegadas condutas periféricas ou perigos presumidos, em lei esparsa,

cujo resultado, invariavelmente, consistiria em transações penais, sem perquirição da culpabilidade, ou em sanções brandas, após investigação e processo crime complexos, demorados, vinculados a inúmeras garantias processuais e sujeitos a vários expedientes protelatórios, com a perspectiva muito comum de prescrição, fomentada pelas modestas penas cominadas.

A submissão ao Direito Administrativo Sancionador daquelas condutas menos relevantes e remotamente relacionadas ao bem jurídico representaria a solução jurídica mais apropriada aos princípios constitucionais penais e administrativos, a um modelo de Direito Penal pretensamente ajustado à pós-modernidade, à legitimação e às aspirações da sociedade por uma intervenção do Estado mais célere, eficiente e simples. Este redimensionamento da tutela penal seria necessário e promissor, principalmente sob o aspecto pragmático.

Neste contexto, a intervenção penal proposta na seara das licitações consistiria na inserção no Código Penal, em prol do princípio da codificação, de tipos semelhantes aos dos artigos 89 e seu parágrafo único, arts. 90, 92 e seu parágrafo, todos da Lei Especial em estudo. Apenas dois artigos cuidariam de condutas efetivamente graves e lesivas às licitações e, reflexamente, aos seus contratos, quais sejam, a inobservância, dispensa ou inexigibilidade ilegal do certame para favorecer alguém; e a fraude, o ajuste ou qualquer outro expediente apto à frustração da competitividade, contemplando, eventualmente, na modalidade tentada, as figuras atuais da advocacia administrativa (atual art. 91), elevação arbitrária dos preços e onerosidade injusta de proposta (art. 92), perturbação ou impedimento de ato do certame (art. 93), devassamento de sigilo de proposta (art. 94) exclusão de licitante (art. 95) e admissão de inidôneo (art. 97). Um terceiro dispositivo poderia ser introduzido no Código Penal para especificar duas infrações contra a Administração: a modificação ilegal de condições de contrato que propicie vantagem indevida ao particular, inclusive satisfação de crédito apresentado com preterição da ordem de exigibilidade na respectiva unidade administrativa, e a inexecução total ou parcial de negócio que provoque prejuízo econômico para a Administração. Assim, haveria alguma distinção entre as condutas contra as licitações e contra os contratos e sistematização da intervenção penal de acordo com o bem jurídico protegido. A propósito, a alteração em favor do contratado e o dano decorrente do descumprimento de suas obrigações interessariam apenas reflexamente às licitações.

De qualquer modo, seriam suficientes, em tese, dois tipos penais para condutas praticadas especificamente contra este instituto, cujas penas deveriam ser superiores àquelas cominadas pelo diploma vigente. O concurso de pessoas, principalmente dos licitantes, contratados ou particulares favorecidos, fundar-se-ia no art. 29, do CP, prescindindo de parágrafos, na medida em que os elementos objetivos e subjetivos fundamentais, inclusive os específicos e atinentes à obtenção de vantagem ou provocação de prejuízo para a Administração, estariam descritos na cabeça dos dois artigos.

Em suma, o art. 96, do referido Diploma, poderia ser revogado, pois as condutas importantes nele previstas estariam açambarcadas pelos tipos acima sugeridos para o Código Penal, mormente pela fraude à licitação ou contrato, sem prejuízo dos clássicos crimes contra a Administração, tradicionalmente previstos no ordenamento pátrio. Neste mesmo sentido, a advocacia administrativa (art. 321, do CP) já contemplaria os elementos relevantes do art. 91, da Lei 8666/93, e o constrangimento ilegal encerraria a exclusão de licitante. Tais condutas não excluiriam outras mais graves, como corrupção, peculato, prevaricação, violação de sigilo profissional etc., além da eventual configuração simultânea de infração administrativa e de ato de improbidade. Os atos arrolados no art. 98, da Lei de Licitações, outrossim, mormente a intervenção indevida em registro de inscrito, poderiam configurar falsidade.

A admissão de inidôneo, sua participação vedada, o injusto impedimento ou criação de óbice à inscrição em cadastro e a intervenção indevida nestes registros, que não tivessem o objetivo de frustrar a competitividade ou fraudar a licitação e não constituíssem tentativa ou *modus operandi* de crimes mais graves, seriam sancionados pelo Direito Administrativo Sancionador.

Em contrapartida, aos subsistentes crimes contra a instauração, lisura e resultado da licitação deveriam ser cominadas sanções condizentes com a relevância do bem jurídico, intensidade do ataque, consequências para toda sociedade e reprovabilidade da vontade do agente, à luz da proibição da insuficiência e da face positiva do garantismo. As penas previstas hoje para as infrações mais graves às licitações – detenção de três a cinco anos (art. 89, da Lei 8666/93), detenção de dois a quatro anos (art. 90) ou detenção de três a seis anos (art. 96), além de multa, são mais brandas do que aquelas estabelecidas para vários crimes patrimoniais praticados sem violência contra pessoa, como reclusão de

dois a oito anos para o furto qualificado ou reclusão de três a oito anos para receptação qualificada.

Recomendar-se-ia para a fraude e frustração de competitividade e para a dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação a pena máxima de 12 anos de reclusão, como na corrupção ativa e passiva. A natureza das infrações e dos bens tutelados admite tal equiparação. A pena mínima, por sua vez, poderia ser aquela cominada a algumas infrações que também afetam a coletividade, como a reclusão de cinco anos cominada ao tráfico.

Em suma, aqueles poucos tipos enxutos e abrangentes, mas claros e objetivos, propostos para o Código Penal, permitiriam o conhecimento preciso dos limites da proibição, simplificariam as interpretações no sentido de uma maior uniformização perante as inúmeras divergências expostas neste trabalho e propiciariam tutela suficiente e mais eficaz dos reais bens jurídicos, extraídos da disciplina constitucional e fundamental das licitações e contratos da Administração, mormente para fins de intervenção penal.

A adoção, por outro lado, de reprimendas proporcionais entre si e equivalentes àquelas cominadas a delitos com semelhante relevância, gravidade e reprovabilidade, contribuiriam para a eficiência da tutela penal e efetiva proteção dos bens jurídicos dotados de raízes constitucionais, em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, profundamente interessados nos benefícios das licitações para o interesse público.

Deste modo, o legislador dispensaria a devida atenção, concomitantemente, ao ideal da codificação e aos princípios constitucionais administrativos e penais, sobretudo aos da proporcionalidade, culpabilidade e intervenção mínima, com seus postulados da subsidiariedade e fragmentariedade.

8.3 Da aplicação das penas

Ainda quanto às sanções, aplicam-se, supletivamente, os preceitos da parte geral do Código Penal e da Execução Penal. Ricardo Antonio Andreucci³⁶⁹ aduz que os crimes, ainda que tentados, podem constituir ainda ato de improbidade, mas que as

³⁶⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 484.

consequências do art. 83, da Lei de Licitações, não são efeitos penais da sentença condenatória, restando ao juiz a possibilidade de aplicar o art. 92, I, “a”, do Código Penal.

Observando-se o princípio da especialidade, o art. 99, da Lei 8666/93, estabeleceu apenas critérios peculiares para o cálculo da multa, que se pautaram pela aplicação de percentual sobre o valor da vantagem obtida ou potencial, segundo a culpabilidade. Jessé Torres Pereira Junior³⁷⁰, ao analisar a substituição da situação econômica do réu pela vantagem obtida como parâmetro da multa, critica o deslocamento da pena da pessoa do criminoso para a objetividade do delito, olvidando-se do cabimento do sequestro do produto do crime e da impossibilidade de pagamento do valor imposto. A atualização, por sua vez, embora não prevista, deve ser adotada com base no Código Penal.

Parte da doutrina, contudo, preconiza a não incidência daquele critério peculiar de apuração da multa, quando inviável a definição de seu montante, sobretudo em virtude da natureza da conduta formalmente tipificada. Ademais, ele não coincide, necessariamente, com o *quantum* desviado dos cofres públicos, podendo ter origem particular. A propósito, enquanto alguns autores defendem a aplicação restrita do art. 99, § 1º, da Lei, ao crime do art. 89, do mesmo diploma legal, outros asseveram sua inaplicabilidade total.

Há opinião doutrinária de que, na impossibilidade de conhecer o valor da vantagem, aplica-se o percentual mínimo de 2% do valor do contrato celebrado. Por causa da expressão final “com dispensa ou inexigibilidade de licitação” alguns autores entendem que, fora destas hipóteses, o critério subsidiário seria o do art. 49, do CP. O ente federativo é o destinatário do valor, nos termos do § 2º, do art. 99, do aludido diploma legal. A multa não substitui a privação de liberdade, quando cumuladas, segundo a Súmula 171, do STJ.

Ronny Charles Lopes de Torres³⁷¹ destaca que os percentuais de 2% e 5% do valor do contrato, previstos no § 1º, do art. 99, da Lei, são limites para quantificação da correlação com a vantagem obtida. Ricardo Antonio Andreucci³⁷² ressalta que o produto da arrecadação não é recolhido ao fundo penitenciário, mas à Fazenda Pública federal, distrital, estadual ou municipal.

³⁷⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 860.

³⁷¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 392.

³⁷² ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Op. cit., p. 490.

Por outro lado, para André Guilherme Tavares de Freitas³⁷³, a Lei de Execução Penal não é propriamente subsidiária, pois não existem normas específicas sobre tal matéria, na Lei de Licitações, e o Código Penal constitui fonte primária, porque traz regras gerais, incidentes também sobre os crimes licitatórios, prescindindo de referência no art. 108, da Lei 8666/93, à sua aplicação subsidiária. Com efeito, correto o raciocínio inverso no sentido de que os preceitos do Código Penal somente não incidirão diretamente sobre os aspectos ressaltados e disciplinados, de modo específico e diverso, pela Lei de Licitações. Neste ponto, desponta mais uma vez a relevância do princípio da codificação, que evita esta relação exegética entre leis distintas, o conflito aparente de normas e a possibilidade de sérias controvérsias e enganos na aplicação do direito, em detrimento da segurança jurídica.

³⁷³ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 26.

9 QUESTÕES COMPLEMENTARES SOBRE AS LICITAÇÕES

9.1 Aspectos processuais

Com relação ao processo, adotou-se a ação penal pública incondicionada, podendo ser movida pelo Ministério Público com base em informações de qualquer pessoa do povo, nos termos do art. 101, da Lei 8666/93, e em outros subsídios, como dados dos Tribunais de Contas, sem prévio inquérito. Não se compreende, de outro vértice, o significado exato da expressão *outras punições*, além das penais, civis e administrativas. Por fim, previu-se procedimento específico, com prazo de defesa de dez dias, após interrogatório, ulterior recebimento ou rejeição da denúncia, sobrevivendo citação, novo interrogatório, instrução e razões finais, em cinco dias. Não se deve olvidar, todavia, que o réu deve ser interrogado, após a colheita da prova, por ser solução mais benéfica à ampla defesa, evitando-se arguição de nulidade, à luz da recente padronização dos procedimentos criminais. A propósito, nos crimes funcionais também não há óbice intransponível à conjugação de ritos, observando-se o disposto no art. 513 a 516, do CPP, antes do recebimento ou rejeição da denúncia.

Cumprе ressalvar seguimento doutrinário que, por força da maior especialidade da Lei de Licitações, preconiza a aplicação exclusiva de seu procedimento, sem oportunidade para prévia manifestação do funcionário público. Não se pode olvidar de que a prerrogativa de função exclui o rito especial, incidindo a Lei 8038/90 cc a Lei 8658/93, assim como o rito da Lei 9099/95 é adotado para as infrações de menor potencial lesivo da Lei de Licitações.

Ronny Charles Lopes de Torres³⁷⁴ relembra que a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores é no sentido de que a ausência da defesa preliminar do art. 514, do CPP, não gera nulidade absoluta. É facultativa e depende de comprovação de prejuízo para embasar nulidade relativa, até porque possível a defesa escrita após o recebimento da denúncia.

³⁷⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 395.

9.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica nas licitações

A necessidade de coibir e de reprimir infrações praticadas no seio ou em nome de pessoas jurídicas desperta debate complexo sobre sua sujeição à responsabilidade penal, sobretudo em setores nos quais as relações são comumente constituídas com entes coletivos, como o das licitações. Com efeito, os procedimentos licitatórios e os contratos subsequentes, em regra, exigem a participação de empresas, cuja atividade é comumente complexa e desenvolvida por vários indivíduos, com a possibilidade de dificuldades na identificação de quem exerceu o domínio do fato e do liame entre os prepostos e a vontade manifestada pelo ente. Por conseguinte, a preconizada utilidade do Direito Administrativo Sancionador na tutela da moralidade administrativa, da isonomia e do erário público é corroborada pela impossibilidade de aplicação da pena, sobretudo privativa de liberdade, às pessoas jurídicas, cuja atuação nas licitações é tão marcante e intensa. O tema polêmico diz com a natureza jurídica destes entes coletivos, com a concepção e as funções da pena no Direito Penal e com o princípio da pessoalidade. Enquanto alguns estudiosos entendem que aquelas pessoas são meras ficções jurídicas, outros as concebem como organismos sociais, semelhantes às pessoas físicas, que apenas dependeriam de indivíduos para realização de seus fins.

Preliminarmente, cumpre distinguir a responsabilidade da imputabilidade e da culpabilidade. Antonio Carlos da Ponte³⁷⁵ ensina que a responsabilidade juridicamente pode ser definida com a declaração de que alguém deve responder, cumprindo uma sanção ou reparando um dano, por consequências lesivas produzidas por seu comportamento. A imputabilidade diz respeito ao estado do agente, no momento da execução do fato, que o capacita a responder por ele perante o Poder Público. A responsabilidade e a imputabilidade seriam pressupostos da culpabilidade. O mestre aduz que o Código Penal brasileiro de 1940 não se preocupou com uma definição positiva de responsabilidade, limitando-se a declarar os casos em que era considerada extinta. Deduzia-se, outrossim, que pressupunha a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. Antonio Carlos da Ponte³⁷⁶ ressalta que a reforma introduzida pela Lei 7209/84 manteve a redação do antigo art. 22,

³⁷⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 26.

³⁷⁶ Idem, p. 29.

do CP (atual art. 26), mas substituiu, corretamente, o termo responsabilidade por imputabilidade.

Destarte, fica nítida a especificidade da relação entre imputabilidade e responsabilidade, quando se trata de pessoa jurídica. Luiz Regis Prado³⁷⁷, diante da crescente importância das pessoas jurídicas na sociedade moderna e do conflito entre liberdade empresarial e direitos individuais, relembra que a teoria da ficção de Savigny preconizava a incapacidade de delinquir dos entes abstratamente criados e conduzidos por pessoas naturais, estas sim aptas a agir com consciência e vontade. A teoria da realidade de Gierke, por sua vez, concebia a pessoa moral como ente ativo e socialmente real, criado pelo Estado e independente de seus membros, com capacidade de praticar ilícitos. Alguns estudiosos ainda entenderam que constituiria uma realidade análoga, que realizaria as características da personalidade, com exceção da substancialidade, identificando-se com uma realidade accidental.

Prepondera, na atualidade, a teoria da realidade. Segundo a lição invocada, a irresponsabilidade penal, na verdade, decorre dos postulados da personalidade da pena e da culpabilidade. A pessoa jurídica, outrossim, não teria capacidade de ação, ou seja, consciência e vontade no sentido psicológico, tomando-as de empréstimo do indivíduo. Da máxima de que não há crime, sem ação, decorre a necessidade de um coeficiente de humanidade. Praticar-se um delito apenas pessoalmente. No mais, para responsabilidade jurídica, impõe-se distinção de sujeito de ação (membros) e de imputação (ente coletivo), considerando que somente ao primeiro aplicam-se os modais deônticos (proibido, permitido e obrigatório). O exercício de atividade finalista não cabe ao segundo. A ação típica diferencia-se de situação ou condição.

Quanto à incapacidade de culpa, Luiz Regis Prado observa que o juízo de censura pessoal pela realização do injusto somente pode ser destinado ao indivíduo, o qual agiu com vontade própria e livre. Decompõe-se em imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa, todas condizentes com a atividade humana. A culpabilidade por defeito da organização ou social também seria uma ficção. Não se admite, ademais, culpabilidade presumida e fundada em fato alheio (conduta das pessoas naturais), consoante princípios constitucionais, como o da

³⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

responsabilidade penal subjetiva, a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e a individualização da pena.

Por fim, os escopos de prevenção geral e especial, de reafirmação do ordenamento e de ressocialização da pena são inócuos para as pessoas jurídicas, assim como as medidas de segurança, que não se confundem com administrativas (ex. suspensão, intervenção etc.). A personalidade da pena, que não passará da pessoa do condenado, a propósito, exclui a responsabilidade objetiva.

O mestre invocado pondera, sob o prisma de política criminal, que, mesmo em nome de fins preventivos de defesa social, não seria imprescindível sancionar penalmente a pessoa jurídica. Havendo ceticismo acerca sua eficácia e meios menos custosos para aqueles objetivos, sendo ilegítima a instrumentalização do ser humano em prol do utilitarismo jurídico e vigorando princípios garantistas do Estado de Direito Democrático, não se justificaria tal extensão da responsabilidade penal. A alegada dificuldade de identificar o autor, igualmente, não a autorizaria, servindo para abandonar, na verdade, as exigências de certeza da autoria e da culpabilidade. Se indivíduos usam entes coletivos complexos para cometer infrações, deve-se, justamente, identificá-los e puni-los.

Neste diapasão, para o problema da imputação subjetiva de crime omissivo, surgiu a estrutura do comissivo por omissão e outras soluções dogmáticas. O membro da pessoa jurídica, quando garantidora do bem jurídico, responderia por não cumprir o dever legal de controlar os riscos ou impedir os resultados. Acrescente-se a utilidade da teoria do domínio do fato. De qualquer maneira, surgem alternativas para coibir novas formas de criminalidade, sobretudo a econômica e organizadas, sem afronta às conquistas garantistas do indivíduo e postulados modernos do Direito Penal.

Luiz Regis Prado³⁷⁸ destaca, a propósito, a autoria mediata nos aparelhos de poder organizados e construções para as lacunas de punibilidade, como a atuação em nome de outrem, consistente na prática de infrações por quem atua como membro do ente coletivo ou na sua representação, quando algumas características exigidas para o sujeito ativo pelo tipo penal somente são encontradas na pessoa jurídica. Reputa mais apropriada sua previsão por cláusula geral, mormente norma de extensão aos tipos

³⁷⁸ Idem, *ibidem*.

do código e leis extravagantes para evitar atipicidade daquelas condutas, como ocorre na Alemanha.

No Brasil, contudo, optou-se por estabelecer uma espécie de responsabilidade solidária dos dirigentes, mediante intromissão de ideias de responsabilidade civil, em detrimento da culpabilidade penal, com expressões distintas em leis esparsas. Enfim, o autor aludido defende a exigência, no combate à criminalidade econômica, da imputação delitiva individual e do pressuposto da proteção de bem jurídico, sem prejuízo de medidas extrapenais contra as pessoas jurídicas, como sinalizou o legislador espanhol em prol de um Direito Penal minimalista, fragmentário e garantista.

Por outro lado, Rodrigo Sanchez Rios³⁷⁹ relembra que, na esteira da lição de Shunemann, a divisão de trabalho e a organização hierárquica dificultariam a responsabilização individual e facilitariam delitos econômicos. Expõe corrente doutrinária que preconiza, então, a responsabilidade penal dos entes coletivos, pressupondo que estes podem praticar ações e omissões; são destinatários de proibições e possuem culpabilidade, conforme sua responsabilidade social; estão dotadas de capacidade de pena, pois sujeitas aos fins de retribuição e prevenção geral e especial em sentido amplo. Esta linha de pensamento reputa necessária, no contexto da nova criminalidade, a aplicação de medidas não encontradas no Direito Civil ou Administrativo, como reconheceu a Recomendação 18 do Conselho da Europa.

Fausto de Sanctis³⁸⁰, por sua vez, partindo da capacidade do ente coletivo de ser sujeito de relações jurídicas, pondera que os defensores de sua responsabilidade criminal pregam a revisão dos princípios e regras penais para enfrentamento desta nova criminalidade; reputam-nas pessoas reais, cuja vontade e patrimônio distinguem-se dos de seus integrantes; entendem que o elemento intencional está no seio de seus órgãos; que a personalidade das penas e a isonomia refutam justamente a punição exclusiva da pessoa física; que esta é compatível ou aceita pela Constituição; que a responsabilidade civil e a administrativa também dependem de vontade e não são suficientes para prevenção e reprovação da perturbação da ordem pública.

³⁷⁹ RIOS, Rodrigo Sanchez. Indagações sobre a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 200.

³⁸⁰ SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 156.

Outrossim, a despeito das críticas de que irresponsabilidade penal tem sido combatida com a previsão de verdadeira responsabilidade objetiva, o referido magistrado entende que é subjetiva, na medida em que seriam exigidas a formação da vontade superior a orientar a conduta do ente coletivo, sua execução em nome e no interesse deste. Ainda assim, preconiza mudanças na Parte Geral do nosso estatuto repressivo e destaca a necessidade de observar o espírito dos mandados de criminalização. Ressalva e reconhece a impossibilidade de responsabilizar criminalmente os entes de direito público, porque não teriam vontade autônoma, mas da própria sociedade. Em contrapartida, defende a punição de terceirizadas, quando a atuação for conjunta, de sociedades de fato ou grupos desprovidos de personalidade jurídica, o que é ainda mais difícil de sustentar, juridicamente.

Ao justificar suas conclusões, o ilustre autor não abandona a função utilitarista das normas penais e recorre à presunção de eficácia de tal ampliação do *jus puniendi*, em detrimento da demonstração de sua compatibilidade com diretrizes dogmáticas históricas do Direito Penal e vários princípios constitucionais lembrados por opositores desta doutrina.

João Marcello de Araujo Junior³⁸¹ esclarece que, mesmo nos países tradicionalmente contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, como Itália e Alemanha, foi introduzido um Direito Administrativo Penal, com sanções quase-penais, principalmente em matéria econômica. Japão aderiu ao sistema misto. O modelo francês, o qual a admite, foi objeto de projeto na Rússia e inspirou o Canadá. Na doutrina, a partir do relatório de Barão Constant, em 1978, o tema passou a ser visto sob o aspecto dogmático e não apenas pragmático.

O citado autor rejeita, porém, as objeções de falta de capacidade de ação, de culpabilidade e de pena. Refuta, neste ponto, o pensamento antigo da pena como retribuição e sofrimento. Invoca a doutrina inglesa e americana que inclui na capacidade de ação, como a de contratar, plenamente aceita, a de descumprir e praticar ilícitos, como a concorrência desleal. Destaca a comunicabilidade das circunstâncias e solidariedade penal entre agente e empresa beneficiada pelo crime, lembrando ainda as noções de autoria funcional ou moral. Invoca lição de Tiedemann no sentido de que a pessoa jurídica age e reage por seus órgãos. Tem vontade própria que independe dos sócios, como na política de empresa.

³⁸¹ ARAUJO, João Marcello. Op. cit., p. 72.

Quanto à capacidade de culpa, João Marcello Araujo Junior a concebe como corolário da de agir, aduzindo que a teoria do risco, conseqüente da culpa na organização e atuação, legitima sua responsabilização penal. A propósito, o proveito auferido pelo ente em razão do crime executado por seu representante fundamenta o juízo de reprovação. Sob o prisma ético e moral, o ente coletivo deve atuar responsavelmente na sociedade. Concebida a culpabilidade por um conceito normativo e funcionalista, na defesa da ordem pública econômica e não de um bem jurídico, exige-se a responsabilização daquela. Apenas sua fundamentação moral reclamaria elemento psicológico, o que é resolvido, contudo, pela teoria da coparticipação e, portanto, pela ideia de um vínculo que une pessoa jurídica e seus prepostos, além da perspectiva de ser beneficiada pelo delito.

No tocante à capacidade de pena, o autor rechaça a ressalva de que não sentiria receio de sofrer com a punição e não seria ressocializável, argumentando que modernamente não se atribui função exclusiva de retribuição à pena, mas preventiva positiva, com a expectativa social de validade e vigência da norma violada. Não é determinante, então, para o conceito funcional de prevenção geral e especial positiva perquirir se se trata de pessoa física ou jurídica.

Arthur Migliari Junior³⁸² enfatiza a doutrina progressista, lembrando que, antes da promulgação da CF/88, Manoel Pedro Pimentel já vislumbrava *de lege ferenda* a responsabilização da pessoa jurídica. Aquele autor destaca a preocupação com a punição de mero ator de produção, como subordinados, e os efeitos da teoria da aparência. Explica que para alguns estudiosos a consciência e vontade são da pessoa moral, na medida em que os indivíduos adotam medidas que não tomariam individualmente ou desvinculados do ente coletivo. Assim, não seriam desprezados os postulados da responsabilidade subjetiva, personalidade e culpabilidade. Por tais motivos, historicamente, admitiram-se a responsabilidade civil e outras intervenções do Estado na pessoa jurídica.

O professor citado observa que o art. 11, da Lei 8137/90 já asseverava que sua conduta não seria subtraída de apreciação, em caso de crime, que o art. 19, da Lei 8213/91, estipulava contravenção penal de empresa e que a lei ambiental explicitamente reconheceu-a como sujeito ativo, revelando que o sistema brasileiro passou a se

³⁸² MIGLIARI JUNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Campinas: CS edições; São Paulo: Lex, 2002, passim.

identificar, após a Lei Maior de 88, com aqueles que admitem a responsabilidade penal do ente moral, mas mediante determinadas condições. Vários autores, como Luiz Paulo Sirvinskas, entendem que a previsão constitucional é explícita, cabendo à legislação inferior tornar plausível sua aplicação e observando-se suas particularidades para imposição de pena.

Arthur Migliari relembra que Afonso Arinos já reconhecia que o princípio do risco se impunha ante o tradicional da imputabilidade, que havia uma tendência determinista em face da noção de livre arbítrio e que a responsabilidade não se separava mais da temibilidade. Em 1930, antevia a necessidade de novos tipos, como de fato ocorreu com a lavagem de dinheiro, crimes contra sistema financeiro e contra previdência, Lei das Organizações Criminosas e outras condutas comumente realizadas por e para pessoas jurídicas. Conclui que a capacidade criminal destas não afronta a exigência do *animus delinquendi*, pressupondo inteligência, vontade e liberdade e bastando reconhecer que os conceitos evoluem no tempo.

Sergio Salomão Shecaira³⁸³, preconiza uma reconstrução teórica da realidade e análise crítica dos institutos jurídicos até então vigentes, cuja necessidade é acentuada pela Revolução Industrial e a criminalidade de centros agregadores de mão de obra. A empresa não seria mero instrumento, mas ator da criminalidade ou *topos* de onde esta pode advir, mormente a econômica. O direito para enfrentar estes perigos à escala humana deveria rever dogmas. Da tensão entre garantias penais e processuais e a necessidade de mecanismos preventivos, sobretudo para proteção de direitos difusos e coletivos, surge a responsabilização penal das pessoas jurídicas. O professor invoca opiniões de vários constitucionalistas no sentido de que nossa Lei Maior acolheu tal responsabilidade, como José Afonso da Silva, Celso Bastos e Ives Gandra, Pinto Ferreira, e de penalistas de renome, como Gilberto Passos de Freitas, Ivete Senise Ferreira, Édis Milaré, Paulo José da Costa Jr., Luiz Vicente Cernicchiaro e José Henrique Pierangelli, embora este a critique.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos³⁸⁴, recorrendo a postulados da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, observa que a culpabilidade é instrumental e, como juízo de regulação para reconhecimento da norma, admite a

³⁸³ SHECAIRA, Sergio Salomão. In: GOMES, Luis Flavio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 131.

³⁸⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

responsabilidade do ente coletivo. Nega que ela seja objetiva, mas coletiva específica. Outrossim, o sistema jurídico não seria puro, contemplando mudanças de conceitos por força de lei ou de outros fatores. A professora menciona ainda a teoria do discurso de Habermas, a qual vislumbra a norma, também no Direito Penal, como produto de procedimentos decisórios de cunho racional e do discurso, além de expor a compatibilidade de outras teorias com aquela concepção. Aduz que Von Liszt já detectava a incongruência de se admitir a responsabilidade do ente moral em alguns ramos do direito e não em outros. Relembra, ademais, o conceito tridimensional de culpa de Grundel: culpa do autor, de ação e do todo, sendo possível a prevalência da culpabilidade pelo fato, segundo Jescheck. Reconhece, por fim, que vários dispositivos da Lei ambiental pátria, cuja aplicação deve contar com parcimônia, padecem de inconstitucionalidade, não obstante o avanço representado pela introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Luiz Luisi³⁸⁵ destaca na evolução do pensamento sobre a responsabilização de pessoas jurídicas sua previsão em vários Estados da Federação norte-americana, como, por exemplo, a aplicação de multa, quando condenada por ofensa cometida por pessoal natural sancionada com prisão; a condenação na hipótese de delito autorizado, solicitado ou ordenado pela diretoria ou representante; crime cometido por agente de sociedade anônima, em nome desta e nas suas funções, ou ainda de outras sociedades, quando expressamente prevista tal responsabilidade. Nos Estados Unidos, portanto, funda-se na ideia de responsabilidade penal sem culpa, ou seja, objetiva, embora se verifique tendência de punir somente quando as necessidades sociais o aconselham.

O professor ressalta que, no mundo latino, a previsão da responsabilidade penal de pessoa jurídica surgiu em Cuba, sem prejuízo da individual, mediante tipificação de crimes específicos e penas de dissolução, fechamento temporário, proibição de certos negócios e multa, além de penas acessórias como caução de probidade, vigilância da autoridade, publicação da sentença, confisco de produtos e instrumentos do crime. A legislação do Estado socialista, contudo, deixou de prever tal responsabilidade. O Código Penal francês, em 1993, passou a estabelecê-la para infrações cometidas por sua conta, órgãos ou representantes, com exceção do Estado. Diversamente do Estatuto da Corte Penal Internacional, admite que a pessoa moral responda por crimes contra a

³⁸⁵ LUISI, Luiz. Notas sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

humanidade, mediante penas correccionais, como multa, dissolução, interdição, fiscalização judiciária, fechamento, exclusão de mercados públicos, interdição de apelo à poupança ou de emissão de cheques, o confisco do instrumento ou produto do crime e a difusão da sentença por meios de comunicação, ou penas contravencionais, como multa e restritiva de direitos.

Ao contrário do direito anglo-saxão, porém, a responsabilidade não é objetiva, exigindo coeficiente subjetivo de culpabilidade por “ricochete ou empréstimo” pela pessoa natural. O mestre relembra que a Holanda e Dinamarca também estabelecem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na esteira da recomendação de diversos congressos, não obstante outros países a rejeitem em legislações recentes, como Espanha, Alemanha, Bolívia, Peru, Colômbia e Brasil (1-84). Alguns estudiosos, todavia, vislumbram no art. 173, § 5º, e art. 225, § 3º, da CF de 88, o fundamento para tal responsabilização.

Luiz Regis Prado³⁸⁶ ensina que, no sistema inglês, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é criação jurisprudencial no século XIX, admitida inicialmente para delitos omissivos culposos e comissivos dolosos. Restringia-se a infrações punidas com penas menos severas e de forma objetiva. O Interpretation Act de 1889, outrossim, incluiu no termo pessoa o ente coletivo. Foi a partir de 1940, contudo, que tal responsabilização passou a alcançar crimes de qualquer natureza. Embora a regra seja exigir elemento subjetivo e ato material, admite-se a responsabilidade objetiva e por ato de outrem, excepcionalmente, ou seja, quando o tipo não exige dolo ou culpa. Sendo indispensável ato humano, recorre-se a um salto da pessoa física para a jurídica. Segundo a teoria da identificação, aquela não atua para esta, mas enquanto sociedade. A vontade da pessoa natural é a do ente coletivo. Pressupõe, porém, uma pessoa no centro do organismo.

O sistema francês, por sua vez, em 1670 já admitia pena de multa, perda de privilégio ou alguma punição pública para pessoa jurídica, diretriz que não foi acolhida em 1810, após a revolução. Desde 94, contudo, a responsabilidade penal sedimentou-se por força de mentalidade racionalista e pragmática. O princípio da culpabilidade, aliás, não tem valor constitucional. A responsabilidade é pessoal e não

³⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

individual, não representando óbice, o postulado da personalidade da pena. A responsabilidade da pessoa jurídica contou com regulação expressa no Código de 92, tendo sido excepcionado o Estado. As coletividades territoriais, por sua vez, incluindo municípios e concessionárias, somente respondem por infrações em atividades delegadas de serviço público.

Na lição de Luiz Regis Prado, a responsabilidade em apreço, no Direito francês, não exclui a das pessoas naturais pelos mesmos fatos. Na exposição de motivos há alusão ainda à sua utilidade para impedir mera presunção de responsabilidade dos dirigentes. Contrapõe-se o argumento de que o ato é sempre praticado por pessoa natural. Outro motivo para o legislador é a necessidade de combater a impunidade de entes coletivos poderosos e cuja atividade atenta contra bens caros à sociedade.

Em suma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é cumulativa (sem prejuízo da individual), condicional (praticada por órgão ou representante por conta daquela e no exercício de atividade relacionada ao objeto social, ainda que secundária), especial (previsão específica em prol da legalidade) e subsidiária. Cuidar-se-ia da aplicação da teoria da responsabilidade por ricochete ou de empréstimo, ou seja, a infração será quase sempre imputável a uma pessoa física também, que personifica a jurídica. Para alguns as exceções seriam as contravenções e infrações culposas, viáveis sem concurso de pessoa natural. As primeiras não contariam sequer com elemento anímico. Tais ressalvas não se confundem com dificuldade de elucidação da autoria.

As sanções para pessoas morais, previstas pelo Código gaulês, de outro giro, são multa, interdição, controle judiciário, fechamento definitivo ou temporário de estabelecimento, exclusão de mercados públicos, interdição de emissão de títulos, confisco, publicação e dissolução, reservada para crimes graves, como aqueles contra a humanidade, terrorismo etc. Visam neutralizar o agente mais do que censurá-lo. Não é recomendável depauperar a empresa, afetando trabalhadores, credores e outros inocentes, sobretudo à luz do princípio da personalidade da pena. As funções desta, mormente a retributiva, não podem ser concebidas da mesma forma para pessoa física e moral. A lei francesa admite, por exemplo, suspender ou postergar a pena da pessoa jurídica; veda a dissolução para pessoas de direito público, sindicatos e partidos; e facilita a reabilitação.

Sheila Jorge Selim de Sales³⁸⁷ afirma que o Direito Penal holandês reconhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica; o alemão e o espanhol a refutam; o português não a exclui (art. 11, do CP de Portugal admite exceção ao princípio *societas delinquere non potest*); e o italiano suscita controvérsias. O Decreto Legislativo 231/2001 previu, na Itália, a responsabilidade administrativa, mas afeta ao juiz penal. Alguns pregam a existência, então, de um *tertium genus*.

No Brasil, a Carta Magna prevê sanções penais e administrativas para pessoas físicas ou jurídicas que causem lesão ao meio ambiente. Parte da doutrina entende que o constituinte estabeleceu correlação entre as expressões sucessivas no texto, restringindo as penas às pessoas físicas. Segundo este método lógico-sistemático, sobretudo à luz dos princípios da culpabilidade e da personalidade da pena e do disposto no art. 173, § 5º, da CF, as pessoas jurídicas teriam a responsabilidade estipulada por lei, sujeitando-se a punições compatíveis com sua natureza, o que não seria o caso da sanção criminal.

René Ariel Dotti³⁸⁸ relembra, por ocasião da repercussão da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo Código francês, as ressalvas de Nelson Hungria com relação às ideias contrabandeadas da Europa tão somente por sua novidade e que não se coadunariam com a tradição de nosso Direito. Traz ainda lição de Clóvis Beviláqua no sentido de que o abuso criminoso do ente coletivo não lhe pode ser imputado, porque, no caso de uma fundação, o patrimônio não pode ser agente de delito; e no de uma corporação, não há intenção ou falta de sentimento sem o ser humano, enquanto a responsabilidade civil se satisfaz com o dano.

Relembra, outrossim, o fato sintomático de que à opinião pública e ao jornalismo investigativo interessa saber quem foi responsável pelo crime e não qual pessoa jurídica o acobertou. Vislumbra na tentativa de conferir capacidade penal às pessoas jurídicas o abandono da elucidação da autoria dos prepostos e uma lavagem da responsabilidade criminal, com a criação de paraísos penais e ampliação da impunidade. Ante as dificuldades na caracterização de várias espécies de participação punível,

³⁸⁷ SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o princípio do *non societas delinquere non potest* no Direito Penal Moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal? In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 214.

³⁸⁸ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 158.

sobretudo em concursos de várias pessoas e formas, recorre-se aos crimes de autoria coletiva. O mestre critica, além disso, a omissão de seus defensores na especificação dos crimes e da autoria factível em relação a cada espécie de pessoa jurídica, inclusive no âmbito internacional. Esta tendência seria abolicionista, comprometendo ainda garantias históricas como fazem as doutrinas totalitárias.

No seu entender, a despeito da possibilidade de aplicação de algumas das penas constitucionalmente admitidas à pessoa jurídica, o art. 173, § 5º, da CF, sujeita-a às punições compatíveis, refere-se à responsabilidade geral – não à penal – e a atos contra a ordem econômica, financeira e economia popular, mas não a crimes, inclusive contra o meio ambiente. Sheila Jorge Selim de Sales³⁸⁹ pondera que o texto constitucional, mormente no art. 5º, usou a expressão crime para designar ato típico e que, consoante exegese sistemática, por não tê-la adotado no art. 173, não se referiu a crimes contra a ordem econômica e não estabeleceu responsabilidade penal da pessoa jurídica. A legislação infraconstitucional também não a criou, como, aliás, não poderia, sob pena de ignorar categorias lógico-objetivas para o conteúdo ético e fulminar a coerência do ordenamento. A autora aduz que as palavras empregadas pela Lei Maior para designar o sujeito ativo referem-se sempre ao ser humano.

Ademais, no ensinamento de René Ariel Dotti, o art. 5º, XLV, da CF, vincula a sanção penal à responsabilidade pessoal. Tal posição pressupõe a necessidade de previsão expressa na Lei Maior da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não bastando extraí-la do próprio sistema normativo, sem distinção em relação à física. Esta interpretação não admitiria, outrossim, que tivesse sido enfatizada apenas na regulação da ordem econômica, como reiteração de dado já natural e compatível com outras matérias do ordenamento jurídico. Para estes juristas a responsabilização penal somente pode ser pessoal, sob pena de inconstitucionalidade.

Luiz Luisi³⁹⁰ ressalta que o texto do primeiro artigo, na Comissão de Sistematização, continha a expressão responsabilidade criminal, mas não foi aprovado, limitando-se a mencionar punições compatíveis com sua natureza, o que seria evidência de sua rejeição pelo constituinte. Além da exegese autêntica e histórica, a gramatical não a admitiria, se se reputar essencial ao Direito Penal a pena privativa de liberdade, incompatível com a natureza da pessoa moral. O autor destaca ainda o entendimento de

³⁸⁹ SALES, Sheila Jorge Selim de. Op. cit., p. 218.

³⁹⁰ LUISI, Luiz. LUISI, Luiz. Notas sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas, p. 28.

que o art. 225, da CF, ao citar condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, faz referência, respectivamente, a sanções penais para pessoa física e administrativas para a jurídica. No entanto, enquanto alguns entendem que a conjunção “e” entre os dois tipos de sanções e o cabimento daquelas administrativas para pessoas físicas obstariam tal interpretação, outros preconizam a ideia de que “ou” entre pessoas sinaliza a autonomia de responsabilidades, condizente com a restrição da penal à física.

Superando-se a interpretação literal e adotando exegese sistemática, segundo vínculos não meramente formais, mas de conteúdo e hierarquia, o autor conclui que os princípios reitores da pessoalidade da pena e da culpabilidade refutariam aquela interpretação literal no sentido da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A multa jamais poderia recair sobre pessoas alheias à conduta, como, por exemplo, acionistas minoritários de sociedade anônima. A Constituição, outrossim, diz que ninguém será culpado até o trânsito em julgado, ou seja, não usa a expressão inocente, a fim de enfatizar o imperativo da culpabilidade, e ainda estabelece a individualização da pena, cujas etapas contemplam critérios próprios de análise da pessoa natural. Alguns penalistas, contudo, ponderam que a consciência da ilicitude pode ser criada por lei, segundo a noção de culpabilidade social da empresa.

Cumpram-se também para a previsão de tal responsabilidade penal pelo art. 3º, da Lei 9605/98, que, porém, deve observar aquelas diretrizes constitucionais. Subsiste, então, a controvérsia sobre a compatibilidade da responsabilização com os princípios da Carta Magna. O art. 21, daquele diploma, prevê multa, prestação de serviços e restritivas de direitos, como suspensão parcial ou total da atividade, proibição de contratar com o Poder Público, de obter subsídios e doações. A rigor, destoando da sistemática do CP, a prestação de serviços não seria restritiva de direitos e, na modalidade custeio de programas ambientais e contribuições a entidades de tal jaez, gozaria de natureza patrimonial (não propriamente de serviços).

O professor Luiz Luisi³⁹¹ aduz que a lei não especificou os delitos passíveis de cometimento por pessoas jurídicas e a pena correspondente, nem abandonou a presunção de restrição do tipo ao indivíduo, na ausência de expressa exceção, para adotar diretriz insegura de que bastaria a possibilidade de prática por ente coletivo, desprezando-se, assim, o princípio da legalidade. O mestre critica, ademais, a abusiva norma penal em

³⁹¹ LUISI, Luiz. *Idem*, *ibidem*.

branco que prevê a interdição própria do cometimento de crime, contentando-se com a desobediência de qualquer disposição legal ou regulamentar ao meio ambiente.

Em suma, praticamente toda infração seria delito, atentando-se contra o princípio da intervenção mínima e da legalidade, sobretudo no tocante à taxatividade. Como se não bastasse, não haveria mínimo e máximo da pena para dosimetria à luz da culpabilidade. Enfim, para muitos estudiosos, além de criada sob o influxo do movimento de inflação legislativa, com inúmeros vícios, a lei não teria observado princípios da Carta Magna que não convivem com a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo inaplicável sua alusão a tal fenômeno jurídico.

Rodrigo Sanchez Rios³⁹² assevera que Pinto Ferreira e diversos constitucionalistas entendem que a Carta Magna reconheceu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo, o legislador, em matéria de meio ambiente, apenas reproduzido tal imposição, como admitiu a desconsideração da personalidade jurídica, em contrapartida.

Juliano Breda³⁹³ destaca que a responsabilidade penal do ente moral é incompatível com as regras de individualização da pena e o concurso de pessoas, observando que os vetores do art. 59, do CP, mormente personalidade, culpabilidade e conduta social, sempre tomarão como referência o dirigente, fazendo a pena passar da pessoa do condenado. Enfatiza alguns problemas da pretendida responsabilização, como a reincidência, quando o novo administrador não conhecia a condenação anterior, a comunicabilidade de circunstâncias e a participação de menor importância, se a empresa desejou crime menos grave do que o cometido pelo representante. Destarte, as normas sobre autoria e individualização da reprimenda em nosso ordenamento pressupõem a liberdade de agir humana e individual.

Alguns estudiosos chegam a compreender que, além de a referência por alguns preceitos constitucionais à imputação penal restrita a indivíduos não ter a finalidade de excluir a responsabilidade penal dos grupamentos, acolhida pelo art. 5º, art. 173 e art. 225, da CF, esta não se restringiria aos bens jurídicos meio ambiente, ordem econômica e financeira e economia popular, os quais teriam sido apenas enfatizados e

³⁹² RIOS, Rodrigo Sanchez. Op. cit., p. 200.

³⁹³ BREDA, Juliano. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 287.

exemplificados pela Lei Maior, sem óbices à eleição pelo legislador ordinário de outros bens cuja ofensa sujeitaria entes coletivos à punição.

Segundo o art. 173, § 5º, da CF, as pessoas jurídicas teriam a responsabilidade estipulada por lei, sujeitando-se a punições compatíveis com sua natureza. Para muitos estudiosos a sanção criminal não observaria tal exigência. A Lei 9605/98, porém, previu expressamente a criminal, sem prejuízo da responsabilidade das pessoas físicas. Para Luiz Regis Prado³⁹⁴ e outros doutrinadores, o dispositivo é inconstitucional por não observar aqueles princípios e preceitos da CF. Embora influenciado pelo sistema anglo-saxão, inspirou-se no francês e no efeito simbólico da pena, olvidando-se da vedação da responsabilidade penal por fato alheio no ordenamento pátrio e da intervenção mínima.

Para o autor citado, a Lei Ambiental orientou-se pela redução dos pressupostos de punibilidade e pela ideia de eficiência social, mormente para obter confiança da população no combate à criminalidade pela ordem jurídica, sem preocupação com as conquistas históricas de garantias individuais. Destaca ainda que, em seguida, para minimizar déficits de execução inevitáveis, criam-se mais criminalizações e penas severas, as quais propiciam eficiência aparente, incidindo na esfera psicológica-social dos sentimentos de insegurança e pressupondo inviáveis efeitos reais.

O mestre pondera que, embora também pertença ao grupo romano-germânico e seja escrito, o direito francês contou com lei de adaptação de várias normas à responsabilidade penal da pessoa jurídica e com a especificação de suas hipóteses nos tipos legais, ao contrário do brasileiro. Assim, o simples enunciado de nossa lei não encontra instrumentos para sua aplicação concreta e imediata. Não há subsistema a excepcionar o princípio da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

De qualquer modo, mesmo superando tal questão prejudicial, seriam condições a prática de delito ou contravenção por ato decisório de autor qualificado (representante legal ou contratual ou órgão) da pessoa jurídica, salvo o Estado, no interesse do ente. Os elementos subjetivos e objetivos, todavia, dizem com a pessoa natural. Adotar-se-ia a teoria da responsabilidade por empréstimo.

Quanto às penas, o art. 21, da Lei 9605/98, estipulou multa; prestação de serviços, compreendendo custeio de programas ambientais, recuperação de áreas

³⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações, p. 125.

degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades; e restritiva de direitos, subdividida em suspensão de atividade, interdição temporária de estabelecimento ou obra, proibição de contratar com o Poder Público ou de obter subsídios. É prevista, ademais, a dissolução de pessoa moral criada ou usada para facilitar ou ocultar crime da aludida lei.

Na lição de Luiz Regis Prado, como a restritiva de direitos substitui a privativa de liberdade, restaria saber se a pessoa jurídica faz jus ao benefício, segundo os critérios legais de culpabilidade e personalidade do condenado, próprios de pessoa natural. Outro problema mencionado é o de definir se a interdição temporária de direito, prevista para pessoa física, também se aplica à jurídica, se a prestação pecuniária é patrimonial, admitindo dedução da reparação civil, se a multa é calculada pelas regras do CP (quantidade de dias-multa segundo a gravidade da conduta e valor da unidade de acordo com capacidade econômica do agente) ou simplesmente pelo valor da vantagem auferida.

Assim, a legislação pátria não especifica, como a francesa, sanções aplicáveis às pessoas jurídicas e físicas, como também opta pela pena de morte da empresa, em detrimento de vários atores sociais inocentes, ao invés de estabelecer reprimendas menos gravosas e abruptas, como o controle judicial por determinado prazo ou difusão da sentença.

Antonio Sergio de Moraes Pitombo³⁹⁵ assevera que no art. 3º, da Lei 9605/98, não está prevista responsabilidade objetiva, sendo imprescindível a descrição da conduta humana devidamente circunstanciada na denúncia, com os requisitos do art. 41, do CPP, a fim de permitir a ampla defesa e o juízo de admissibilidade da acusação. Entende que não há concurso entre pessoa jurídica e física, pois aquela não pode ser autora direta, mediata ou partícipe por não realizar ação típica, restando expor expressamente, após a conduta humana individual, os pressupostos de imputação ao ente moral, que são extraídos da lei (decisão de representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade).

A demonstração do vínculo entre a conduta típica e estes fatores refuta a ideia de alteração dos critérios de apuração da culpa e a introdução artificial de fatores extrínsecos à culpabilidade penal, como “responsabilidade social” ou “bens fundamentais

³⁹⁵ PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica na perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 230.

da sociedade”, em detrimento da legalidade. O referido criminalista observa ainda que as sanções previstas na lei não são próprias do *jus puniendi*, mas administrativas e que não é admitida impetração de *Habeas Corpus* em favor de pessoa jurídica.

Embora sinalize que sua responsabilização não seria penal, o autor reclama a observância dos requisitos de tal ordem, mormente de decisão por representação legítima do ente, atentando para sua natureza (ex. peculiaridades da sociedade anônima) e seu interesse ou benefício (concretização do interesse). Pondera, então, que à pessoa moral não se imputaria crime omissivo ou culposos, que é incorreta a expressão responsabilidade por reflexo e que a regra da obrigatoriedade impõe a descrição da conduta de todos os indivíduos que contribuíram para o crime, como pressuposto da imputação à pessoa jurídica.

Quanto às penas cominadas às pessoas jurídicas, Juliano Breda³⁹⁶ entende que as vagas disposições da Lei 9605/98 ferem o princípio da legalidade, como a falta de critérios para perda de subsídios e sua permanência, para definição de outras áreas degradadas sujeitas à reparação, quando esta já decorreria naturalmente da condenação. O autor observa que as restritivas de direito são autônomas, distanciando-se da regulação da parte geral do CP, que as considera substitutivas. Condena a ausência de expressa previsão da duração mínima e máxima das novas penas e a referência ao dobro do tempo de proibição em relação à pessoa física, em detrimento do princípio da proporcionalidade e da noção de submissão da atividade da pessoa moral à ação de seus componentes, que poderiam até mesmo constituir outro ente para prosseguir nos crimes. É difundida a opinião de que não se admite, atualmente, que as pessoas jurídicas fiquem isentas de pena, ponderando-se que razões de política criminal estariam superando barreiras da dogmática penal.

Na lição de René Ariel Dotti³⁹⁷, todavia, esta conveniência do abandono da responsabilização de cada autor e partícipe da infração violaria o princípio da igualdade e o da personalidade da pena, sacrificando o ente coletivo, prejudicando outros membros e poupando os verdadeiros criminosos. Não observaria ainda o princípio da humanização das sanções, cujo referencial é a condição humana restrita às pessoas físicas. A responsabilidade penal da pessoa jurídica comprometeria o direito de regresso, na

³⁹⁶ BREDA, Juliano. Op. cit., p. 287.

³⁹⁷ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro), p. 158.

medida em que esta seria coautora e não poderia demandar do preposto a reparação dos danos provados por seu crime, à luz do art. 270, do CPP.

Além de princípios e garantias, ofenderia regras da aplicação da lei penal. Não permitira definir, com precisão, o tempo do crime, segundo a teoria da atividade, pois orientada por ação humana, dificilmente identificada no seio do ente coletivo. Igualmente, subsistiria o problema para estabelecer o lugar, consoante a teoria da ubiquidade, havendo diferentes sedes de comando, execução e de disposições estatutárias da sociedade.

Para o professor, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não observaria, ademais, os elementos da teoria do crime, como a conduta, carecendo de capacidade de ação ou omissão adstrita aos humanos. A propósito, identificada a atividade, poder-se-ia descobrir o autor, prescindindo-se da ficção. Ao entendimento de que o delito precisa de capacidade de dirigir a ação finalisticamente, ou seja, de vontade em sentido psicológico, filiam-se Basileu Garcia, Juarez Tavares, Cezar Bitencourt e Pierangeli. Sergio Salomão Shecaira e alguns autores, por sua vez, preconizam a existência de culpa coletiva, ao lado da individual, por se tratar de juízo de reprovação, permitindo a responsabilização das empresas, que geralmente são as beneficiárias de crimes econômicos e outros.

René Ariel Dotti diagnostica, além disso, a crise do concurso de pessoas, pois aquela responsabilidade não se coadunaria com a divisão de tarefas, a instigação e a coautoria entre pessoa física e jurídica. Também não atenderia à medida da culpabilidade, mormente do ente coletivo, pois o fato continuaria a ser obra do indivíduo, seja comandando ou auxiliando, presentes, então, todas as dificuldades para apurar quem é quem na estrutura interna. Problema surgiria, ademais, no reconhecimento da participação de menor importância, dependente das noções de vontade e previsibilidade (delito pensado, querido e executado), de proximidade em relação ao núcleo do tipo, individualização da culpa e proporcionalidade da punição, todos restritos à condição humana. No tocante às circunstâncias de caráter pessoal, seria necessário reconhecer um concurso anfíbio, na expressão do mestre, quando a pessoa jurídica participasse de crime próprio, como o peculato e outros funcionais.

Com relação ao dolo, o problema residiria na falta de elemento cognitivo e volitivo, fundamentais, inclusive, na solução dos erros de tipo e de proibição. Nos tipos omissivos e culposos, bem como nos elementos subjetivos do injusto, não se

conceberia falta de referência ao humano. Sendo a culpabilidade, por outro giro, pressuposto e limite da pena, somente a consciência ética e a liberdade do agente autorizariam a reprovação e, por conseguinte, a sanção. Na falta daqueles atributos, principalmente a consciência da ilicitude, a pessoa jurídica não poderia sofrer o efeito cominado pelo Direito Penal. A imputabilidade é a capacidade de culpa. A pena, encerrando sofrimento, reinserção social e outros fins, todos inerentes à condição humana; a medida de segurança, com vistas à periculosidade, nota exclusiva das pessoas naturais; e os critérios de aplicação das sanções, como circunstâncias subjetivas, conduta social, antecedentes e personalidade, aplicam-se ao homem. Todas estas ponderações corroborariam a recusa da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

René Ariel Dotti destaca, por fim, suas implicações processuais, questionando quem seria interrogado, qual a competência para persecução de fatos gerados em vários centros de atividade ou sedes de uma sociedade, como ficariam a individualização de condutas na denúncia e o ônus da prova. Neste ponto, os tribunais e o próprio STF passaram a dispensar a descrição dos atos de cada réu nos crimes coletivos, mas o autor enfatiza a recente restauração da boa jurisprudência que vislumbra neste expediente ofensa ao direito de ampla defesa.

Em síntese, resgata ainda lição de Fragoso no sentido de que a responsabilidade criminal é pessoal – depende da atuação do homem – e subjetiva – depende de culpa. Destaca que para fins de política criminal a extensão à pessoa jurídica também não é eficaz, pois, em sociedades por ações e outras, a concentração de poder pode levar ao conflito entre interesses dos comandantes e os sociais, prejudicando a dissuasão da sanção penal e tornando contraproducente a punição do ente coletivo.

René Ariel Dotti³⁹⁸ enfatiza, outrossim, a ausência de alusão pelo CP à responsabilidade de pessoa jurídica; a eliminação pela reforma de medidas de segurança patrimoniais, como interdição de estabelecimento; a linguagem de todo texto voltada às pessoas naturais; a necessidade de elemento cognitivo e volitivo também nas contravenções, embora prescindível distinção entre perigo e dano, dolo e culpa.

Em artigo sobre o tema, discorreu sobre leis especiais, demonstrando que algumas expressamente responsabilizavam certos indivíduos relacionados à pessoa jurídica e que outras, como a Lei 4595/64, apresentavam, na verdade, deficiências técnicas

³⁹⁸ Idem, *ibidem*.

de redação, sem criarem, efetivamente, responsabilidade atípica no ordenamento pátrio e para a Lei Maior. Argumenta que os crimes ambientais do CP e da legislação extravagante também observam, neste diapasão, o regime geral de responsabilidade baseado no dolo ou na culpa, orientação esta seguida por diversas leis contemporâneas e nitidamente verificada na Lei eleitoral n. 8713/93 e na Lei 9029/95, quando tratam de fatos que envolvem pessoas jurídicas. Não por outra razão, o anteprojeto de 1984, em nenhuma passagem, nem mesmo quando previu crimes contra a ordem econômica, financeira, tributária e contra o meio ambiente, admitiu responsabilidade penal das pessoas morais. No mesmo diapasão, nos esboços de anteprojeto de 1994 ou de 1997, aquelas continuaram sendo apenas sujeitos passivos de alguns delitos.

Rodrigo Sanchez Rios³⁹⁹ esclarece que a questão adquire nova dimensão com a necessidade de tutelar bens jurídicos coletivos e supraindividuais, provocando, por exemplo na Alemanha, a tipificação de novas condutas, sobretudo atentatórias a instrumentos econômicos, como créditos, mercados de capitais, seguros etc., acompanhada da descriminalização de adultério, incesto, homossexualidade e atos de interesse da moral. Para o autor a nova intervenção penal não tem caráter apenas proibitivo, mas prospectivo, na efetivação de valores constitucionais, embora deva ser compatível com os princípios da *ultima ratio*, subsidiariedade e proporcionalidade, bem como acessório e secundário em relação ao Direito Administrativo.

Refuta, neste sentido, a responsabilidade penal da pessoa jurídica., até porque seria objetiva. Destaca ainda o desconhecimento dos parâmetros morais e valores éticos próprios de pessoas jurídicas. Mesmo como política criminal, seria forçoso recorrer a uma estrutura excepcional de imputação, mas sem certeza desta necessidade, pois medidas administrativas poderiam ser suficientes para coibir condutas indesejadas pela economia, como a multa, na Alemanha, contra o titular da empresa por violação do dever de vigilância ou contra a empresa por organização defeituosa. Alternativas de outros ramos do Direito, como a responsabilização civil, e até mesmo um Direito Penal Administrativo não sacrificariam garantias clássicas do cidadão, preservando as categorias dogmáticas do Direito Penal contra inovações substanciais.

Sheila Jorge Selim de Sales⁴⁰⁰ explica que em legislações antigas havia punições de animais e coisas inanimadas, como já preconizava Platão, sendo encontradas

³⁹⁹ RIOS, Rodrigo Sanchez. Op. cit., p. 200.

⁴⁰⁰ SALES, Sheila Jorge Selim de. Op. cit., p. 210.

também no Direito medieval, italiano, germânico e comum, bem como no Direito Romano, no tocante às associações. Carrara chegou a considerar os instrumentos e meio do crime como sujeito ativo secundário. Tais soluções sucumbiram, a partir do século XVIII, perante as diretrizes filosóficas do Direito Penal liberal. Seu perfil moderno orientou-se por conciliar aspectos humanitário e individualista-solidário.

A autora enfatiza a distinção entre capacidade de culpa e de ação, da qual padece a pessoa jurídica, natural e normativamente, lembrando que a infração, no Direito Penal, reclama reprovação moral, sempre atinente ao comportamento humano. A diferença é qualitativa e não apenas formal ou de intensidade em relação a outras infrações. As sanções rigorosamente penais, outrossim, como a privação da liberdade, não seriam aplicáveis às pessoas jurídicas.

Sheila Jorge Selim de Sales⁴⁰¹ conclui que, à luz dos princípios de nosso ordenamento, as pessoas jurídicas podem ser instrumento do sujeito ativo e são responsáveis civil e administrativamente, sem prejuízo da responsabilização criminal dos autores dos delitos. Destaca o poderio, natureza e dimensão das lesões das infrações cometidas através de entes coletivos, mas reputa alto o custo do abandono de garantias fundamentais para uma inócua ampliação da intervenção penal.

Ressalta a tendência, neste quadro, de se cogitar de um Direito Penal administrativo, na Itália, ou de mera ordenação social, em Portugal, como solução de política social e não criminal. Critica, por fim, a funcionalização do conceito de culpabilidade, como na imputação normativa a entes coletivos, esvaziando a noção de culpa penal, avançando na subordinação do ser humano ao interesse social, equiparando a sanção penal a outras formas de reação e controle social e instrumentalizando a dogmática pela política criminal, com inegável risco aos direitos de liberdade.

Para Erika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho⁴⁰², na sociedade de risco, a responsabilidade penal da pessoa jurídica surge como instrumento simbólico e preventivo, fundado em razões de política criminal, mas carente de legitimidade constitucional e contraproducente, se confrontados supostos ganhos na proteção de bens supraindividuais com a erosão das estruturas garantistas do Direito

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 219.

⁴⁰² CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do STJ. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 242.

Penal. Sua funcionalização para impressão de segurança confunde sua missão com política ambiental. Embora a responsabilização de ente moral tenha sido opção política do legislador, deve ter a proporcionalidade, razoabilidade e adequação analisadas. Compensação de debilidades funcionais de outros ramos jurídicos não significa aplicação da subsidiariedade.

A adaptação de categorias dogmáticas às novas exigências de imputação de riscos e o sacrifício de garantias que legitimam a intervenção penal não servem à tutela de bens fundamentais. Neste movimento de funcionalização, mesmo para Jakobs, a estabilidade do sistema normativo não depende da imposição da pena a pessoas jurídicas. O uso simbólico e a funcionalização das consequências penais desvirtuam sua eficácia, geram desconfiança do sistema normativo e lhe são disfuncionais.

As autoras lembram que o Direito Penal como *ultimo ratio* atua para proteger bens jurídicos essenciais, quando não seria possível fazê-lo eficazmente por meios menos gravosos. A fragmentariedade o condiciona a agressões graves. Sua função preventiva é realizada por normas de determinação e não pela pena, que é imposta justamente quando a observância daqueles se frustrou. A excessiva preocupação com a punição de pessoa jurídica pode gerar impunidade dos indivíduos e comprometer a prevenção contra suas ações.

Assim, impondo-se ao menos a coexistência das responsabilidades, sucumbe o argumento de que a do ente moral enfrentaria a dificuldade de apuração da conduta de cada sujeito ativo (humano). De outro giro, exigindo-se tal elucidação, passa a ser prescindível a punição da pessoa jurídica. Outrossim, aquela criticada prevalência dos fins de prevenção geral positiva desloca o sujeito de centro e fim do direito a objeto de abstrações e instrumento de funções sociais.

O Direito Penal excessivamente voltado para prevenção, porém, olvida-se dos seus limites nos princípios de garantia. Não pode ser *sola ou prima ratio*, mas somente subsistema de controle social, cujos instrumentos gravosos recomendam moderação. Seu totalitarismo ou hipertrofia por pressões conjunturais não equivale à eficácia de tutela. Ao invés de sanar problemas do controle extrapenal, que também podem afetar o penal, esta linha de pensamento opta pela comodidade da criminalização.

A intervenção ampla, flexível e contundente viola o modelo garantista. A responsabilidade das pessoas jurídicas se insere nesta concepção preventiva do sistema

penal para proteção de bens jurídicos, como opção de política criminal, exigindo revisão das categorias dogmáticas tradicionais, orientadas para a conduta individual. Erika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho⁴⁰³ mencionam lição de que há equívoco na consideração da vontade do colegiado ou dirigente como da pessoa jurídica, confundindo-se sujeito da ação com o da imputação, imputação subjetiva com a objetiva, esta incompatível com a natureza jurídico-penal e sanções penais.

Parte da doutrina alemã, como Tiedmann e Hirsch, contudo, admite uma culpabilidade específica e a noção de responsabilidade social. Mesmo o descumprimento anterior das normas de determinação e dos deveres de organização é realizado por pessoa física, sendo inevitável que a pessoa moral, nestes termos, responda por fato alheio, o que atenta contra garantias do Direito Penal, como culpabilidade.

Pondera-se que as razões de política criminal levam até adeptos do finalismo ao reconhecimento da responsabilidade do ente moral, desprovido de vontade psicológica, embora os critérios de imputação também tenham como pressuposto tipos de ação dolosos. Em contrapartida, no próprio funcionalismo sistêmico encontra-se oposição àquela responsabilização, inclusive por reputar desnecessária e estranha aos reais destinatários das ordens que preservam a estabilidade do sistema.

Da atribuição de personalidade ao ente moral não decorre que seja pessoa para todos os efeitos, como no exemplo de que não teria direito ao voto como seus membros, invocado pelas autoras citadas. A cominação da pena, ademais, tem como fundamento e limite a culpabilidade, ao alcance apenas dos seres humanos, e a imposição de consequências extrapenais não é responsabilidade penal. A responsabilidade civil *ex delicto*, aliás, tem natureza civil. Perseguem finalidades distintas e são orientadas por interesses diferentes (público e privado, respectivamente).

A previsão em outros ordenamentos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por política criminal, não afasta a necessidade de que seja compatível com os princípios e categorias de cada sistema e Constituição, mesmo no contexto de globalização, livre circulação e concentração de poder em empresas transnacionais. A propósito, na União Europeia, Itália e Alemanha resistem à sua adoção. As consequências acessórias do direito penal espanhol, como medidas *sui generis* para remoção de defeito de organização de entes coletivos por causa de sua periculosidade instrumental,

⁴⁰³ Idem, ibidem.

distinguem-se das penas, como preconizam Gracia Martin e Jescheck. Outrossim, fala-se muito, nos dias de hoje, em Direito Administrativo sancionador. Enfim, a responsabilização penal do ente moral não é unânime e capaz de ser amplamente disseminada.

9.3 Repercussão de recentes alterações legislativas

São essenciais, outrossim, as análises sobre inovações legislativas recentes na regulamentação das licitações, sobretudo por sua inegável repercussão na esfera penal. A Lei 12232 de 29 de abril de 2010, aplicável à contratação de serviços de publicidade por qualquer ente da Administração Pública, Direta ou Indireta, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluindo licitações abertas, contratos em execução e pendências de negócios já encerrados, definiu tais serviços como conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público. Ricardo Pagliari Levy e Renata de Almeida Faria⁴⁰⁴ observam que, ressalvadas as atividades complementares previstas, a lei veda a ampliação do objeto, como assessoria de imprensa, relações públicas e realização de eventos (§ 2º, do art. 1º).

A Lei 8666/93 cuidava do tema apenas no art. 22, inc. II, para proibir a inclusão de tais serviços nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. As mais importantes alterações consistiram no estabelecimento para estas atividades dos critérios de julgamento da melhor técnica ou técnica e preço, a fim de que a seleção não ocorra somente pelo custo mais baixo, e na inversão das fases licitatórias, postergando a documentação de habilitação, como no pregão. Admite-se contratação conjunta, ou seja, de mais de uma agência de propaganda, desde que cada uma possua o certificado de qualificação técnica de funcionamento, emitido pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão ou entidade equivalente. O órgão público deve apresentar um *briefing*, com as exigências para as propostas técnicas de forma precisa, clara e objetiva.

⁴⁰⁴ LEVY, Ricardo Pagliari; FÁRIA, Renata de Almeida. A nova Lei de Licitações para serviços de publicidade. *Anexo Biblioteca Informa* n. 2.105. Disponível em: [<http://www.pinheironeto.com.br/artigos.php?pagina=8>]. Acesso em: 09 ago. 2011.

O julgamento caberá a uma subcomissão técnica, com ao menos três membros formados em comunicação, publicidade ou marketing, além de funcionários ou contratados do órgão até dois terços das vagas. A escolha será por sorteio público entre os integrantes de uma lista com o triplo das vagas, no mínimo, facultada a impugnação de nome por qualquer interessado em até 48 horas antes do sorteio. O edital, com critérios objetivos de julgamento, deverá conter quesitos atinentes à capacidade das agências para as necessidades do órgão e nível dos trabalhos realizados por cada uma.

Após julgamento das vias não identificadas dos planos de comunicação publicitária, serão julgados os quesitos das propostas técnicas. Seguindo-se apuração pública do resultado, divulgação das pontuações e identificação da autoria. Depois da publicação da ordem de classificação e desclassificações, serão julgadas as propostas de preços e publicado o resultado para eventual interposição de recursos. As classificadas serão, ao final, convocadas para apresentação dos documentos de habilitação, cuja decisão desafia recursos. Decididos, homologa-se o resultado e adjudica-se o objeto ao vencedor. Seu fornecedor também deverá estar cadastrado e, se o valor de bens ou serviços superar dezesseis mil reais ou 0,5% do contrato, será escolhido em sessão pública, mediante propostas sigilosas. As informações sobre a execução deverão ser prestadas na Internet.

Tais características peculiares deste procedimento, aliadas aos valores que norteiam a atividade administrativa, permitem vislumbrar a possibilidade de devassamento de proposta, impedimento de licitar, admissão de inidôneo, alteração de cadastro, dispensa ou inexigibilidade ilegal. Assim, por exemplo, o devassamento ocorrerá antes da habilitação, enquanto a admissão de inidôneo sobrevirá ao julgamento técnico. Pondere-se, consoante lição de André Guilherme Tavares de Freitas⁴⁰⁵, que o sistema pátrio adota dois critérios excludentes para definição da modalidade de licitação apropriada a cada caso: valor estimado do objeto, adotando-se a concorrência para o elevado, a tomada de preços para o mediano e o convite para o baixo; e a natureza do objeto, aplicando-se o leilão para bens inservíveis à Administração, apreendidos, penhorados ou imóveis, o concurso para trabalho técnico, científico ou artístico – o qual não se confunde com o concurso público – e o pregão para aquisição de bens e serviços comuns, sem prejuízo de autorizações legais para escolha de procedimento mais complexo em substituição de outro.

⁴⁰⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Op. cit., p. 13.

A Lei 8666/93 foi alterada, outrossim, pela medida provisória n. 495/2010, convertida na Lei 12.349/2010, embora ausente o requisito constitucional da urgência, a qual introduziu no art. 3º, daquele Diploma, a promoção do desenvolvimento nacional entre as finalidades da licitação, quais sejam, a isonomia e a seleção de proposta mais vantajosa para a administração. Percebe-se, claramente, a distinção dos fins do procedimento, que constituem o bem jurídico tutelado penalmente, e os princípios aos quais está subordinado, descritos, em seguida, no dispositivo (legalidade, impessoalidade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, igualdade, moralidade, julgamento objetivo e os correlatos). Vale dizer, os tipos penais visam assegurar a obrigatoriedade e regularidade da licitação, em função de seus objetivos maiores (isonomia e moralidade, consubstanciada na seleção da melhor proposta). Por força destes valores constitucionais foram previstos os delitos e não em virtude dos princípios que regerão o procedimento. Ausente o certame, como na dispensa ilegal, sequer incidirão aqueles sobre situação concreta.

Deve-se evitar, portanto, a confusão conceitual, sobretudo para delimitação da intervenção penal legítima, entre os meios, inclusive suas diretrizes, e os fins. Ora, o Direito Penal preocupa-se em proteger o instituto em razão do que representa para a sociedade, ou seja, dos seus objetivos profícuos, os quais coincidem com o bem jurídico, e não por causa de sua disciplina interna. Estes princípios do procedimento, aliás, não foram exaustivamente expostos e cada um está diretamente referido aos demais, como salienta Katiane Silva Oliveira⁴⁰⁶.

A exposição de motivos da medida provisória esclarece que o desenvolvimento é agregado aos fins por causa da relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno. Reflete, a propósito, as diretrizes ideológicas, as prioridades, a opção de modelo econômico e as estratégias do governo vigente para efetivar princípios e normas constitucionais programáticas. Não surpreenderá o emprego da inovação para se justificar a flexibilização das exigências formais e a aceitação de resultados econômicos menos vantajosos das licitações, em nome da presteza, necessidade e utilidade de intervenção do Estado na economia, com seus supostos benefícios mediatos e a médio ou longo prazo para a nação.

⁴⁰⁶ OLIVEIRA, Katiane Silva. Lei 8.666/93 alterada pela Medida Provisória n. 495/2010. Disponível em: [http://jus.uol.com.br/revista/texto/17637/lei-n-8-666-93-alterada-pela-medida-provisoria-n-495-2010]. Acesso em: 26 maio 2011.

A inclusão daquela finalidade, contudo, não deve repercutir, substancialmente, nas disposições penais da lei, ainda que se vislumbre ampliação do bem jurídico. Não impõe a previsão de novos crimes contra as licitações, especificamente, para tutela do desenvolvimento nacional. As razões para a necessária revisão da intervenção penal na aplicação do instituto, expostas ao longo deste trabalho, também não são afetadas pela aludida alteração do texto. Ela apenas forneceu supedâneo para novas regras específicas, como os critérios de desempate e a margem de preferência em favor da produção brasileira, cuja aplicação não se subsume, então, à frustração de competitividade, advocacia administrativa, perturbação de licitação ou outra figura típica.

Katiane Silva Oliveira esclarece que a medida provisória estabeleceu duas exceções à proibição de cláusulas discriminatórias no edital, reputando-as não restritivas da participação: a margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (§§ 5º a 12, do art. 3º, da Lei 8666/93) e a preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação (art. 3º, da Lei 8248/91). A inovação legislativa resgatou, outrossim, critérios de desempate em favor da indústria nacional. Katiane Silva Oliveira relembra que aqueles genéricos do § 2º, do art. 3º, da Lei de Licitações, haviam deixado de ser recepcionados pela Constituição, após a Emenda n. 06/95, que revogara integralmente o art. 171, da Lei Maior. Em suma, mesmo na hipótese de controvérsia judicial sobre a matéria e arguição de inconstitucionalidade, cláusulas ou medidas com tal respaldo legal não poderão integrar condutas tipificadas até eventual solução definitiva. A propósito, nesta situação, não se cogitaria sequer de dolo.

No mesmo diapasão, por força da autorização introduzida no art. 24, XXXI, da Lei de Licitações, não é crime a dispensa de licitação nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20, da Lei 10973/2004, atinente aos incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Todas as modificações aplicam-se à modalidade de pregão de que trata a Lei 10520/2002.

Como se percebe, enquanto foram mantidas as incongruências da parte penal da Lei de Licitações, dotada de vários tipos despididos e de outros relevantes, mas repletos de imperfeições técnicas e dogmáticas, além de penas desproporcionais para o sistema, o legislador fez concessões contrárias à isonomia, à obtenção de proposta mais vantajosa e aos princípios norteadores das licitações, em nome de um nacionalista e pseudoestímulo ao desenvolvimento. Optou por alterações pontuais, que, certamente,

sucedem-se-ão, com vistas à implementação apressada de obras para realização de jogos internacionais sediados pelo país, nos próximos anos, em detrimento do alcance e da relevância das licitações para o interesse público, ao invés de uma reforma sistemática que justamente valorizasse o instituto, aperfeiçoasse sua aplicação e o ajustasse melhor ao modelo constitucional vigente.

CONCLUSÕES

1- Neste lanço, impende tecer, sucintamente, as considerações finais sobre os vícios do tratamento legal da matéria e expor sugestões para sua adequação ao primado da proteção do bem jurídico e aos princípios constitucionais fundamentais na intervenção penal sobre as licitações, a fim de que seja, concomitantemente, mínima, suficiente e proporcional. Cumpre, outrossim, na vigência da disciplina atual, diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais reproduzidas, apontar as soluções mais apropriadas àquelas diretrizes, enquanto não se empreende a desejada e profunda reforma normativa, que extraia os bens jurídicos a tutelar do texto constitucional, quais seja, a moralidade administrativa e a isonomia.

2- Neste diapasão, da redação do art. 89, da Lei 8666/93, deveria constar o dolo específico relacionado à obtenção de vantagem ou ao favorecimento alheio, restringindo a intervenção penal à reprovável dispensa ou inexigibilidade de licitação, imbuída de má-fé. Assim, a conduta não seria equiparada ao erro na aferição de todos os inúmeros e complexos requisitos das hipóteses de não instauração do certame e a outras situações limítrofes, distantes da lesão ao bem jurídico, não se recorrendo desnecessariamente à aplicação excepcional de pena e respeitando-se os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da culpabilidade e da proporcionalidade. Ademais, reduzir-se-ia a relevância da norma penal em branco, em prol da legalidade e de seu corolário da taxatividade.

3- A inobservância de formalidade legal deve corresponder à ausência de procedimento prévio para contratação direta. A tentativa, nesta modalidade omissiva, não é possível. As formalidades e demais previsões complementadoras somente podem ser estabelecidas pelo Legislativo, em nível federal, no exercício da manifestação da vontade popular, descabendo a regulação de matéria com repercussão sobre a responsabilização penal e a liberdade do indivíduo, pelos demais poderes ou entes administrativos, com violação dos princípios da legalidade, sob o aspecto da reserva absoluta, e da separação de poderes.

4- A figura específica do parágrafo do art. 89, da Lei 8666/93, previu corretamente a vontade específica do contratado sem licitação de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade, evitando assim que viesse a ser punido tão somente por ter prestado o serviço ou fornecido o bem por contrato cuja ilegalidade fora provocada apenas pelo servidor. Por ter sido estabelecida tal exigência e criada uma figura autônoma, não se admite a participação do contratado na conduta do *caput* do artigo. Caso contrário, o parágrafo restaria inócuo, não obstante a máxima de que a lei não contém palavras inúteis.

5- No art. 90, da Lei 8666/93, o legislador adotou orientação mais adequada à intervenção mínima, exigindo o objetivo reprovável e a lesividade ao bem jurídico, identificado com a isonomia. Tipificou a fraude, além de condutas análogas (ajuste e simulação) e outro expediente, cujo resultado seja a frustração da competitividade. Além disso, previu o dolo específico, consistente no intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, em sentido amplo – de qualquer ordem, como o mero reconhecimento pela vitória. O crime, por conseguinte, reclama o resultado “frustração” e é material, embora significativa corrente doutrinária o considere formal. Admite a tentativa, como o ajuste que é desfeito por circunstância alheia, antes de prejudicar a competitividade. Outros desdobramentos, como contratação, vantagem indevida e prejuízo ao ente da administração constituem exaurimento.

6- O importante para fins de responsabilização penal, à luz da disciplina constitucional do instituto, é frustrar o caráter competitivo de uma licitação, mesmo na modalidade de fraude, ainda que o agente não obtenha a vantagem indevida. O simples ajuste, por sua vez, desde que presente o intento de frustrar a competitividade, poderia ser considerado tentativa, diferenciando-se a gravidade de cada conduta, segundo sua repercussão para o bem jurídico e à luz dos princípios da lesividade e da proporcionalidade. A rigor, o art. 90, sobretudo por sua abrangência, dispensaria o art. 93, da Lei.

7- O art. 91, da Lei, tutela a moralidade e incrimina desnecessariamente conduta já tipificada pelo art. 321, do Código Penal, realizada especificamente na seara das licitações. De maneira contraproducente, contudo, impõe elementos estranhos e inoportunos, que dificultam a respectiva responsabilização criminal. O crime é próprio, pois do particular não se exige a abstenção da defesa de seu interesse. O servidor deve se valer de sua condição, ainda que perante outro órgão. Sujeito passivo é o ente

administrativo e não licitantes ou contratantes. O interesse patrocinado pode ser legítimo, não tendo sido reproduzida a distinção do parágrafo do art. 321, do CP.

8- A instauração da licitação e a celebração do contrato não integram dolo específico, mas correspondem à consumação, tendo sido indevida e desproporcionalmente equiparadas. Enquanto vigora a norma, embora seja necessária a invalidação daqueles atos para punibilidade, não se confunde a execução do patrocínio com a aplicação da pena. O dolo é genérico, não tendo de recair sobre a condição objetiva de punibilidade. O delito, por conseguinte, é material, não sendo punível, porém, a tentativa, na medida em que a invalidação do resultado é exigida pelo tipo e depende da consumação, o que afronta a proporcionalidade e a proteção do bem jurídico. A invalidação deve ser judicial, ter relação com a advocacia administrativa e transitar em julgado.

9- Por outro lado, não deve correr prazo prescricional, enquanto ausente a possibilidade de exercício da pretensão punitiva. Trata-se de condição objetiva de punibilidade, a despeito de não redigida explicitamente como tal, pois constitui fator extrínseco à conduta e à vontade do agente, indispensável para imposição da reprimenda, que não se confunde com elemento do tipo necessário à consumação. Por estar fora do alcance do dolo, aquela condição viola o princípio da culpabilidade. A rigor, sendo inconstitucional, restaria a incidência do dispositivo do Código Penal, pois suposta lacuna normativa injustificável descumpriria a proibição da insuficiência e a face positiva do modelo constitucional de garantias, que impede a ausência de proteção eficiente de bens jurídicos essenciais à coletividade e aos direitos fundamentais.

10- O art. 92, da Lei 8666/93, cuida da execução dos contratos e não propriamente, das licitações. Considerando a hipótese de modificação ilegal, que inclui a prorrogação, e de pagamento antecipado decorrerem da preocupação com o suprimento da administração ou de objetivos alheios à vantagem indevida ou à provocação de prejuízo ao ente administrativo, teria sido apropriada a descrição explícita, no tipo, de tais fins específicos. Nem toda alteração ilegal nas condições contratuais tem a mesma gravidade e reprovação daquela movida por interesses escusos e representa equivalente grau de ofensa aos bens jurídicos moralidade e isonomia, de sorte a desafiar idêntica intervenção penal, podendo, ainda, ser objeto dos demais ramos do direito.

11- O dolo específico, ademais, dispensaria a complementação do tipo por outras normas, como os artigos 65 e 57, da Lei, em prol da taxatividade. Sua ausência,

além disso, tornaria a conduta atípica, sem a necessidade de aplicação de eventuais excludentes. De qualquer modo, a exegese do texto vigente, à luz dos princípios da lesividade e da culpabilidade, deve vislumbrar na expressão vantagem em favor do adjudicatário a exigência de finalidade de favorecimento ou de locupletamento ilegítimo para todas as condutas do tipo. Assim, harmonizar-se-ia também a redação do *caput* com a do parágrafo, que é clara, ao exigir para punição do contratado que tivesse sido beneficiado pela modificação e concorrido para a consumação da ilegalidade. Esta norma, aliás, corrobora a conclusão de que o termo adjudicatário da cabeça do artigo, na verdade, refere-se a contratado, até porque pressupõe contrato em andamento suscetível a alteração. A expressão fatura, igualmente, não foi empregada no sentido técnico e contempla o pagamento indevido de qualquer título.

12- Como o crime do *caput* é próprio, cometido pelo servidor competente para a alteração do negócio ou pagamento do preço, a participação do contratado foi limitada pelo legislador aos termos definidos no parágrafo. A primeira modalidade contempla três condutas alternativas atinentes à modificação, que se realizadas cumulativamente, no mesmo contexto, caracterizam delito único. Podem ser cumuladas, todavia, com o pagamento antecipado. A propósito, excepcionalmente, a Administração pode desrespeitar a ordem de faturas por razões relevantes de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente. O critério cronológico, por sua vez, orienta internamente cada fonte pagadora, descabendo a comparação entre fontes distintas de recursos, pois a verba é empenhada em despesas classificadas distintamente e em cada unidade administrativa. A ordem é de apresentação do crédito, desde que exigível.

13- Admite-se a tentativa das condutas do artigo 92, da Lei, salvo da omissiva de admitir a alteração. São delitos materiais, exigindo a modificação ou o pagamento (*caput*) e a vantagem (parágrafo), respectivamente. Segundo a redação do texto vigente, somente a vantagem do particular precisa ser indevida, diferentemente daquela referente à alteração, que pode ser a simples prorrogação de um negócio, com preço justo, por exemplo. Desponta evidente o espectro mais amplo de responsabilização do servidor, além da restrição do parágrafo à primeira modalidade da cabeça do artigo.

14- Para a perturbação ou o impedimento de um ato do procedimento, previstos no art. 93, da Lei, e tendentes a frustrar a competitividade, bastaria a incidência de tipos apropriados à tutela do bem jurídico, como o art. 90, do mesmo diploma, ainda

que na modalidade tentada. Se ausente resultado lesivo ou perigo concreto, por outro lado, a conduta permanece no âmbito da mera inconveniência para o procedimento, não se cogitando de ataque aos interesses abrigados pela Lei Maior digno de intervenção penal. Além disso, as perturbações mais significativas coincidem com outras figuras típicas, como devassamento de proposta, exclusão de licitante, recusa ou alteração de cadastro e advocacia administrativa. Outrossim, na forma como foi concebida a lei, mera perturbação de um ato desafia resposta penal semelhante àquela prevista para infrações que comprometem, substancialmente, todo o certame e suas finalidades precípuas, em detrimento da proporcionalidade.

15- Nota-se, mais uma vez, que as barreiras do Direito Penal foram adiantadas excessivamente, mesmo sob a égide da intervenção mínima e da lesividade. Para evitar sacrifício ainda maior dos direitos individuais, devem ser consideradas típicas somente as perturbações ou impedimentos ilegais e não representadas por impetração de mandado de segurança ou recurso administrativo. Estes não se limitam ao exercício regular de direito e à incidência de excludente, mas acarretam a atipicidade por falta de dolo, ainda que não se acolha a tese de existência implícita de elementos normativos, como indevidamente ou injustamente. A fraude também é açambarcada por outros dispositivos, ainda que sobre ato específico, se tiver o condão de comprometer as finalidades da licitação.

16- O tipo vigente do crime de devassar o sigilo de proposta apresentada em licitação ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo, independentemente do objetivo e do resultado, não exige dolo específico, como o de fraudar, ou algum prejuízo real ao procedimento. A propósito, nestas situações em que se justificaria a intervenção penal, os atos descritos coincidiriam com a tentativa de crimes mais graves, como de frustração da competitividade. Nas demais, percebe-se o adiantamento da intervenção penal, em detrimento dos princípios da intervenção mínima e de seus postulados da subsidiariedade e fragmentariedade.

17- O Direito Penal, no entanto, não se destina a evitar qualquer risco à regularidade dos atos administrativos, mas a proteger bens jurídicos, que, na seara das licitações, em conformidade com a Constituição, são a moralidade administrativa e a isonomia. O Direito Administrativo Sancionador poderia tratar das condutas que geram apenas perigo remoto ou presumido aos interesses da atividade administrativa. De qualquer modo, a tentativa do art. 90, da Lei, dispensa, a rigor, a necessidade do

dispositivo e a figura preexistente da violação de segredo funcional contempla outras situações importantes. Na ausência de certame instaurado, poderia configurar-se ainda a violação de correspondência.

18- O delito de afastar ou procurar afastar licitante, mediante violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem (rol taxativo), a equiparação entre tentativa e consumação violou os princípios da proporcionalidade, da culpabilidade, da lesividade e da intervenção mínima. A fraude, por sua vez, assim como as do art. 93 e 96, da Lei, dispensava nova referência, pois aquela relevante para o certame está incriminada pelo artigo 90, do Diploma Legal, cc. art. 14, II, do CP. A par dos mencionados equívocos do legislador, a expressão “licitante” deve açambarcar também o interessado apto a participar do certame e a conduta de procurar afastar se refere à licitação, ainda que antes de instaurada. Exegese distinta do texto em vigor provocaria distinção odiosa e injustificável e comprometeria ainda mais a utilidade do preceito.

19- Quanto ao parágrafo, se presente concausa e não motivada exclusivamente pela vantagem, a desistência ou abstenção não pode ser punida, sob pena de cerceamento da liberdade individual de participar da disputa. A abstenção é omissiva e a desistência, comissiva (comportamento positivo, como na manifestação de vontade). Se o licitante recebe a vantagem, mas não desiste, comete estelionato. Não há dolo e tipicidade nas hipóteses legais de desistência. O recebimento da vantagem, se obstada a desistência por circunstância alheia à vontade do agente, não se subsume ao tipo penal. A vantagem é motivo e não integra dolo específico. Há concurso material com a violência, embora corrente minoritária preconize a absorção das lesões leves e das vias de fato pelo constrangimento.

20- O tipo misto alternativo do art. 96, da Lei 8666/93, além de prescindível, considerando a preexistência de outros para as condutas descritas, estabeleceu apenas algumas maneiras de execução de fraudes ao certame e ao contrato, sem critérios para distingui-las. A ausência injustificada de previsão das contratações de serviços e de obras fraudulentas compromete ainda mais a utilidade da norma. Visa tutelar o patrimônio e exige resultado consistente no prejuízo da Fazenda, admitindo a tentativa. A expressão Fazenda Pública, por sua vez, assim como aquela empregada no art. 92, da Lei (Poder Público), deve ser concebida como Administração Pública, em sentido amplo, englobando sociedades de economia mista. A infração se consuma com o pagamento e absorve as do art. 90, 93 ou 95, da Lei. Assim, o ressarcimento, a substituição da

mercadoria ou a correção anterior, ainda que após a entrega, excluiria a consumação, assim como a anulação ou revogação do procedimento.

21- Atendo-se a tal preocupação com o dano econômico, a venda tipificada no inc. II ou a entrega do inc. III não inclui aquela realizada pela Administração com preço inferior aos padrões do mercado e contempla a doação e permuta viciadas pelo particular. A fim de que não seja incriminada pelo inc. I a mera faculdade de elevar preços, em uma economia de mercado, devem ser extraídas da expressão *arbitrariamente* a falta de justa causa, a má-fé, a consciência do locupletamento indevido e do dano à Administração. A infração de tornar onerosa a proposta vencedora ou a execução do contrato, por sua vez, dispensaria as anteriores, por sua abrangência. No mais, apesar de mal redigido e prescindível, o dispositivo não viola os princípios da taxatividade e da legalidade, sendo constitucional, pois a expressão “injustamente” e a exigência de fraude e prejuízo complementam a tipificação da conduta.

22- O art. 97, da Lei 8666/93, não segue, rigorosamente, os princípios da intervenção mínima e a premissa da proteção de bem jurídico, sob o prisma constitucional, pois a simples admissão à licitação de empresa ou profissional poderia ser coibida por sanção administrativa, sem prejuízo da desclassificação ou da anulação, e configurar tentativa de fraude, com pena reduzida e proporcional ao *iter criminis* percorrido e à ofensa ao bem tutelado. Sem aquele intuito de favorecer alguém, obter vantagem ou prejudicar a Administração, a conduta seria penalmente irrelevante para o interesse digno de proteção penal. A propósito, teria sido recomendável, ao menos, a previsão de tal dolo específico.

23- O parágrafo único, do art. 97, do Diploma Legal em apreço, também não observa o princípio da intervenção mínima e se excede na tipificação de atos remotos e afastados da lesão ao bem jurídico, como o ingresso ou tentativa da pessoa declarada inidônea de participar do certame. Não se cogita de iminência ou certeza absoluta de que seria admitida, furtar-se-ia à desclassificação, comprometeria os fins da licitação, formalizaria o contrato, descumpriria suas obrigações e provocaria dano ao contratante. A tipificação do perigo abstrato, com dolo genérico e admissão do eventual, deveria ser excepcional. A propósito, para a norma vigente são irrelevantes a justiça da decisão administrativa e a tramitação de recurso. Forçoso conceber, contudo, que a anulação ou revogação fulmina a tipicidade, ao contrário da reabilitação. Ademais, em detrimento da isonomia e da proporcionalidade, a incriminação não recai sobre o profissional suspenso

que não chegou a sofrer a sanção de inidoneidade, embora igualmente defesa sua participação. O tipo é misto alternativo e o servidor incorre na infração apenas uma vez, quando contrata o inidôneo que havia admitido na licitação.

24- O art. 98, da Lei 8666/93, equiparou as condutas redundantes de obstar e impedir injustamente a inscrição de interessado nos registros cadastrais de licitantes com a de dificultar. Assim, a pena desta modalidade tentada resultou idêntica à da consumação, em detrimento da proporcionalidade. Em seguida, incriminou o ato de promover, indevidamente, a alteração, suspensão ou cancelamento de registro, embora também pudessem ser eficazmente coibidas e sancionadas pelo Direito Administrativo e outros ramos do Direito, além de preexistentes as falsidades do Código Penal. Sem dano efetivo à licitação ou elemento subjetivo neste sentido, estão distanciadas da lesão ao bem jurídico tutelado. Este não se identifica com mera fidelidade dos registros ou regularidade da atividade administrativa, sob o prisma constitucional.

25- A exegese do texto vigente deve ao menos identificar nas expressões “injustamente” e “indevidamente” o intuito de prejudicar a Administração ou terceiro, pois se o agente visa beneficiar alguém, incorre na tentativa do art. 90, da Lei de Licitações. Mesmo na primeira hipótese, o objetivo de obstar a participação de interessado no certame estaria contemplado pelo art. 95, da Lei. Ademais, as condutas não deixariam de perturbar ato do procedimento de interesse da Administração (art. 93, da Lei). Por outro lado, se a conduta era exigível do servidor, como no cumprimento de decisão judicial, sequer haveria tipicidade, prescindindo-se da incidência da excludente do estrito cumprimento de dever legal. A conduta contra a inscrição, aliás, pode ser praticada por qualquer pessoa, enquanto aquela dirigida contra os registros é funcional. Enfim, resta evidenciada mais uma vez a multiplicidade de dispositivos para tratar de comportamentos que coincidem com etapas da execução de outros ou irrelevantes para os verdadeiros bens jurídicos.

26- É preciso, enfim, compreender o desenvolvimento da noção de proteção de bem jurídico, inclusive dos interesses coletivos, e das funções da pena para avaliar a intervenção penal nas licitações, tornando-a mínima, em atenção aos postulados da subsidiariedade e fragmentariedade. No ordenamento jurídico pátrio, todavia, além da inobservância da codificação, detecta-se rol de infrações desnecessariamente extenso e desvinculado, em parte, da efetiva proteção das finalidades e princípios do instituto em apreço, extraídos do texto da Constituição. Por conseguinte, a fim de que esta intervenção

observe e, ao mesmo tempo, mantenha-se nos limites do comando constitucional, somente devem ser criminalizadas condutas que acarretem lesão ou ameaça concreta à moralidade administrativa e à isonomia, em respeito aos princípios da lesividade, da proporcionalidade e da intervenção mínima, não bastando perigo abstrato e remoto ou a ofensa a imperativos secundários e instrumentais, como a regularidade do procedimento, a vinculação ao edital, o patrimônio ou outros direitos dos licitantes.

27- Não se pode olvidar, outrossim, da suficiência e da aptidão (utilidade) do Direito Administrativo Sancionador para prevenção e reação a estes comportamentos indesejados. Critica-se, além disso, o emprego abusivo e despiciendo, em diversos dispositivos, de normas penais em branco, presunções absolutas, tipos abertos, adiantamento das barreiras da intervenção penal, equiparação de tentativa e consumação, além de outros equívocos da legislação vigente. Tais concessões dogmáticas somente seriam justificadas pela possibilidade de lesão de dimensões trágicas para a sociedade e enquanto não houvesse saber científico e domínio suficiente sobre as fontes de perigo, os atos preparatórios e os desdobramentos de possíveis infrações, como no terrorismo e na biogenética, desde que para resguardar o fundamento maior da ordem jurídica, qual seja, a dignidade da pessoa humana e um rol mínimo de direitos humanos.

28- A responsabilização penal da pessoa jurídica, cujas relações com a Administração são freqüentes e essenciais, no âmbito das licitações, não encontra respaldo jurídico no sistema pátrio. Além de expressamente prevista para crimes ambientais, não se coadunaria com a concepção e as funções da pena acolhidas pelo ordenamento vigente, com os princípios e modelo do nosso Direito Penal.

29- Em contrapartida, a dimensão positiva do modelo constitucional de garantias impede a ausência ou a insuficiência da tutela penal de bens jurídicos indispensáveis ao exercício de direitos fundamentais e à observância da dignidade da pessoa humana. À luz da proporcionalidade e da proibição da insuficiência, despontam nítidos os problemas do ordenamento pátrio, mormente a incongruência entre sanções e a insignificância daquelas cominadas aos crimes mais graves contra as licitações.

30- A ciência jurídica contribuiu decisivamente para a conscientização da necessidade de cumprimento dos deveres de proteção dos bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros, o qual poderia ser exigido do legislador pelo Tribunal Constitucional. A proibição da insuficiência determina o nível mínimo de proteção, enquanto a do excesso define o limite máximo da intervenção. Cada restrição de

direito individual deve ser necessária, adequada e proporcional em sentido estrito para proteção de um bem jurídico, ao menos de igual valor, não bastando a proibição do abuso. Impõe-se, ainda, a proporção entre a sanção e a gravidade do fato, como exigência da justiça e dignidade da pessoa humana. O legislador deve tutelar penalmente o valor na sua exata medida constitucional. A quantidade da pena fundamenta a hierarquia material dos valores e das formas de tutela em relação às modalidades de agressão. A pena mínima é indispensável à aferição do desvalor de uma ofensa a um bem jurídico e a pena máxima imprescindível para evitar o arbítrio do julgador, propiciar a segurança jurídica, a garantia de liberdade e de observância da culpabilidade. Ademais, a relação entre pena mínima e máxima deve ser racional e proporcional. A margem para dosimetria não pode ser demasiadamente ampla para uma infração e estreita para outra análoga, sem justificativa, recomendando-se a orientação por um múltiplo. Ressalve-se que nem sempre a maior relevância do bem jurídico corresponde ao maior desvalor da conduta tipificada, interferindo outros fatores.

31- Nosso legislador, no entanto, não seguiu tão valiosas diretrizes. Nem mesmo os crimes mais graves contra as licitações e profundamente nefastos ao interesse público ensejam reclusão e, por conseguinte, admitem o regime inicial fechado para o reincidente, como se já não bastassem os notórios e pródigos benefícios da execução e da redução pela tentativa. As penas mínimas cominadas são brandas e a resposta penal resulta pífia, quando comparada àquelas aplicadas a condutas de menor repercussão para a sociedade e cujo bem lesado não goza da mesma relevância constitucional. Por outro lado, outras condutas que afetam o interesse coletivo são sancionadas severamente, como na previsão de dez anos de reclusão, em regime fechado, para o envenenamento substância alimentícia destinada a consumo (art. 270, do CP). Desponta evidente, então, a ausência de critérios razoáveis e de respeito à proporcionalidade na atividade legislativa pátria.

32- Diagnosticados, assim, os excessos, as deficiências e a ineficácia da intervenção penal nesta seara, forçoso delinear as diretrizes para sua profunda alteração. Afinal, urge preservar o prestígio do Direito Penal, seu caráter excepcional e sua utilidade para desideratos específicos e legítimos, segundo a Lei Maior, respeitando o exercício de direitos fundamentais e garantias individuais históricas, arduamente conquistadas pelo progresso civilizatório. A reforma ideal adequar-se-ia, então, aos primados da codificação e da proteção do bem jurídico, ao perfil dos interesses tutelados pela Constituição, aos princípios da intervenção mínima, da lesividade, da legalidade, de seus corolários

taxatividade e reserva legal, da culpabilidade e, concomitantemente, da proporcionalidade, não se olvidando da proibição da insuficiência e da evolução do Direito Administrativo Sancionador. O significativo incremento de práticas criminosas contra as licitações, propiciando, em regra, o desvio de recursos públicos em favor de verdadeiras organizações criminosas que compromete a capacidade do Estado de honrar os objetivos impostos pela Constituição, em contraste com o exíguo número de condenações, geralmente simbólicas e desproporcionais em relação à gravidade e às conseqüências das respectivas condutas, substancialmente prejudiciais ao interesse público, impõe o desafio premente de estudar, debater e disciplinar a matéria, com a atenção merecida e com subsídios científicos. Fomentar esta árdua e complexa tarefa constitui o escopo primordial deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Bruno Rotta. A discussão sobre a tutela penal de valores supraindividuais: ponderações a partir da teoria do bem jurídico-penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 5, n. 29, abr.-maio 2009. Porto Alegre: Magister.
- AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARAGÃO, Antonio Muniz Sodré. *As três escolas penais, clássica, antropológica e crítica. Estudo comparativo*. 7. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. O espaço jurídico-criminal dos tribunais de contas: brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da Lei 8666, de 21 de junho de 1993. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4, n. 13, p.172-181, jan.-mar. 1996. São Paulo.
- ATALIBA, Geraldo. *Licitação ou concorrência para fornecimento à Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- BALDAN, Édson Luís. *Por uma delimitação conceitual do direito penal econômico pela análise da ordem econômica como bem jurídico tutelado*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- _____. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatora S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, maio-ago. 2009, IBCCRIM.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos de tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BICALHO, Carlos Henrique. Possibilidade de licitação para serviços advocatícios. *MPMG Jurídico*, v. 5, n. 20, p. 18-19, abr.-jun. 2010, Belo Horizonte.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Munoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougnot e BONFIM, Márcia Monassi Mougnot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BREDA, Juliano. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010,
- BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

- BULOS, Vadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BURZIO, Elisabetta. Procedure di concorso addomesticate ed abuso in atti di ufficio [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 37, p. 735-744, 1994, Milano.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. *Revista dos Tribunais*, v. 851, ano 95, set. 2006, São Paulo, 2006.
- _____. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. Parte geral. *Curso de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CARVALHO, Erika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do STJ. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010,
- CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Licitações públicas. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Leis penais especiais – Parte II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- CHARREL, Nicolas. *Marchés et délégations de service public. Le risque penal. Les acteurs. Les délits. La prévention*. Paris: Le Moniteur, 2001.
- CODICI GIUFFRÈ. *Código Penal e leggi complementari*. 15. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009; 15. ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- CÓDIGO PENAL ALEMÃO E DIREITO COMPARADO. Trad. Lauro de Almeida. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- COELHO, Daniela Mello. O instituto da licitação no direito francês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 156, a.39, out.-dez. 2002.
- COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRETTELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.
- _____. *Elementos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CRUZ BARNEY, Oscar. La codificación del derecho en el Estado de Tabasco durante el siglo XIX. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. Disponível em: [<http://juridicas.unam.mx>]. Acesso em: agosto 2011.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- _____. A história das licitações. Disponível em: [<http://www.conlicitacao.com.br/historia/mariasylvia.php>]. Acesso em: 17 maio 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DINIZ, Eduardo Saad. Estudos sobre os delitos contra a Administração Pública. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). *Crimes contra a Administração Pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.
- FALCON Y TELLA, Maria José; FALCON Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- _____. O garantismo desde sua perspectiva constitucional: projeções sobre o direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 37, 2010.
- FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDES, Flávio Sátiro. Dos crimes licitatórios. *Revista Jurídica*, n. 203, ano XLII, set. 1994.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal. O criminoso e o crime*. 3. ed. Trad. Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russel Editores, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. Inexigibilidade de licitação: aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 100, p. 28-40, out.-dez. 1991.
- _____. *Licitação e contrato administrativo – Estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 20.)
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GOMES, Thiago Quintas. *Direito penal na era global: garantismo positivo ajustado ao garantismo negativo*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.
- GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal português anotado e comentado e legislação complementar*. Coimbra: Almeida, 1986.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A imputação objetiva e crimes contra a administração pública. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). *Crimes contra a Administração Pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.

- _____. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUARAGNI, Fabio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GUIMARÃES, Edgar Antonio Chiuratto. *O controle das licitações públicas*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.
- GUZ, Manoella; CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. Bem jurídico-penal difuso ou coletivo. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, v. 21, n. 242, p. 9-32, out. 2009.
- _____. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- _____. *Direito penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- _____. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- _____. Sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. n. 36, ano XIII, março, Porto Alegre: AJURIS, 1986.
- _____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Direito penal do inimigo*. 3. ed. Trad. e org. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

- JAREÑO, Leal Ángeles. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- KIST, Dario José. Bem jurídico-penal – Evolução histórica, conceituação e funções? *Direito e Democracia*, v. 4, n. 1, p. 154-179, jan.-jun. 2003.
- LEVY, Ricardo Pagliari; FARIA, Renata de Almeida. A nova Lei de Licitações para serviços de publicidade. *Anexo Biblioteca Informa* n. 2.105. Disponível em: [<http://www.pinheironeto.com.br/artigos.php?pagina=8>]. Acesso em: 09 ago. 2011.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. 1. ed. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.
- LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- _____. Notas sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1956.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MAIA, Alexandre. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – Notas preliminares. *Revista de Informação Legislativa*, A.37, n. 145, Brasília, 2000.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009. v. III.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Inexigibilidade de licitação por razão de segurança nacional. *Fórum de Contratação e Gestão Pública Belo Horizonte*, v. 2, n. 16, p. 1.915-1.922, abr. 2003.

- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEHMERI, Adilson. *Noções básicas de direito penal: curso completo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Dirceu de. *Aspectos penais do cheque no sistema brasileiro*. Tese de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1973.
- MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Campinas: CS Edições, 2002.
- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. Parte geral. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo. A terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: uruá, 2009.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Registro de preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8.º (figura do “carona”) do Decreto n. 3931/2001. Possibilitação de cometimento do crime previsto no art. 89, da Lei 8666/93. *Revista Interesse Público*, n. 47, ano X, Rio Grande do Sul: Editora Fórum, 2008.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. 4. ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NIELBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.
- NORONHA, E. MAGALHÃES. *Direito penal*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Parte geral e parte especial. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Adeildo. O crime nas licitações. *Revista da Esmape*. v. 4, n. 9. Recife: Amepe, 1999.
- OLIVEIRA, Katiane Silva. Lei 8.666/93 alterada pela Medida Provisória n. 495/2010. Disponível em: [<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17637/lei-n-8-666-93-alterada-pela-medida-provisoria-n-495-2010>]. Acesso em: 26 maio 2011.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PAÇO, André Medeiros do. Licitações. *Revista Ensaios de Cidadania* n. 1 (Revista do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do Estado de São Paulo). São Paulo, 2005.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Ingerência indevida*. Tese de Livre-Docência da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. Aspectos penais das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 42 (especial), Ano 11, São Paulo, p. 149-154, jan.-mar. 2003.

- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar, 2003.
- PIERANGELI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Constituição. *Revista dos Tribunais*, v. 81, n. 684, p. 278-85, out. 1992.
- _____. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação penal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica na perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y derecho penal, un tema frankfurtiano? In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NETO MARTIN, Adan (coord.). *Critica y justificacion del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003. (Estudios; n. 91.)

- PUIG, Santiago Mir. *Direito penal e fundamentos da teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sucessão de empresas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 21, p. 186-198, jan.-jun. 2008.
- RAYA IBÁÑEZ, Sylvio. Escolas penais. O crime, o criminoso e a pena. Alguns aspectos psicanalíticos. *Ajuris*, n. 38, ano XIII, nov. 1988, Porto Alegre.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, n. 28, p. 116-129, out.-dez. 1999, São Paulo.
- _____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- _____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RIOS, Rodrigo Sanchez. Indagações sobre a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- RODRIGUES, Thaís de Camargo. Os crimes da Lei de Licitação como crimes contra a Administração Pública. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). *Crimes contra a Administração Pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. *Conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa*. Dissertação em Mestrado de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.

- ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 35, p. 13-27, jul.-set. 2001. São Paulo.
- _____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o princípio do *non societas delinquere non potest* no Direito Penal Moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal? In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.
- SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier. La alteración de precios en concursos y subastas públicas. *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. Madrid: Expansión-Garrigues & Andersen, 8 v, p. 287-303, 1999.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Bases críticas do direito criminal*. São Paulo: Ed. de Direito, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTOS, Rui Teixeira. *Direito português da corrupção*. Lisboa: Bnomics, 2009.
- SHECAIRA, Sergio Salomão. In: GOMES, Luis Flavio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *Boletim IBCCrim*, v. 6, n. 65/esp, p. 3, abr. 1998. São Paulo.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Características de um direito penal do risco. Disponível em: [<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11390/caracteristicas-de-um-direito-penal-do-risco>]. Acesso em: 07 ago. 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: RT, 2011. (Coleção direito e ciências afins – v. 7.)
- _____. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Introdução ao estudo do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da Escola Positiva no direito penal*. São Paulo: Ed. EUD, 1982.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TASSE, Adel El. Licitações e contratos administrativos. In: GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências Criminais. v. 6.)
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOLOSA FILHO, Benedito de. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Editora Podivm, 2010.
- YAVAR UMPIERREZ, Fernando. Hacia la codificación penal equatoriana. *Revista Electrónica del Instituto Latino Americano de Estudios de Ciencias Penales y*

Criminologia. n. 002-c01, 2007. Disponível em: [www.ilecip.org]. Acesso em: ago. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Parte geral. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.