

# ASPECTOS PENAIS DA LICITAÇÃO

Eixo: Base Legal



Escola de Serviço Público do Espírito Santo - Esesp

# ASPECTOS PENAIS DA LICITAÇÃO

Eixo: Base Legal

2019

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
Secretaria de Gestão e Recursos Humanos

1

## CONTRATO DIDÁTICO

### EXPECTATIVAS E CONTRIBUIÇÕES

## CONTRATO DIDÁTICO E EXPECTATIVAS

Trataremos aqui de aspectos **PENAI**S no processo licitatório, e **não o inverso**, ou seja, aspectos administrativos nos crimes licitatórios.

Portanto, é de suma importância que os participantes tenham um conhecimento prévio de licitação e contrato administrativo. Dúvidas ou ensinamentos nessa área são de responsabilidade do prof. do Curso de Licitação e Contrato Administrativo da Esesp.



3

## TEORIA GERAL DO DELITO: noções elementares.

A conduta punível pressupõe  
**ação típica, antijurídica e**  
**culpável.**



4

## AÇÃO

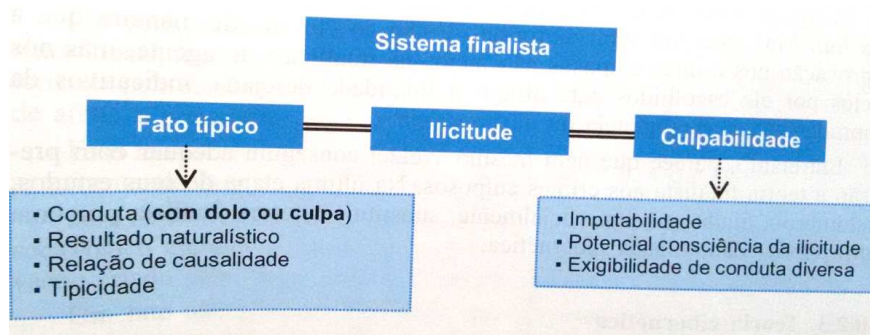
“A ação é um acontecer *final* e não puramente *causal*. A *finalidade* ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade, de tal forma que oriente, o acontecer causal exterior *a um fim*, e assim o determine finalmente”. Welzel.



5

## AÇÃO / CONDUCTA

É o comportamento humano, **consciente e voluntário**, dirigido a um fim. Por isso TEORIA FINALISTA DA AÇÃO.



6

### **AÇÃO / CONDUTA**

Percebemos, portanto, que a ação humana que pode vir a interessar ao Direito Criminal é substanciada pelo DOLO ou pela CULPA, já que o ato deve ser consciente, *voluntário* e direcionado a um fim. Por isso é fundamental conhecermos o que está por dentro da mente e do coração do criminoso. **O SUBJETIVO DA CONDUTA É FUNDAMENTAL NO CRIME.**



7

### **AÇÃO / RESULTADO**

**RESULTADO**, é a consequência provocada pela conduta do agente. Pode ser **JURÍDICO** (é a lesão ou exposição á lesão do bem jurídico), ou **NATURALÍSTICO** (é a modificação no mundo provocada pela conduta do agente).



8

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO**

Entre a **CONDUTA** do agente e o **RESULTADO** obtido, tem que haver um **NEXO DE CAUSA** que une uma a ação aos efeitos encontrados.

**CÓDIGO PENAL**

**Art. 13** - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.



9

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO**

A primeira parte do art. 13 afirma que a relação de *causalidade* limita-se aos crimes de resultado naturalísticos. A segunda, consagra a adoção da **TEORIA DA EQUIVLÊNCIA DAS CONDIÇÕES** (*conditio sine qua non*).

Nessa teoria, para se verificar se o antecedente é causa do consequente, deve-se fazer o **JUÍZO HIPOTÉTICO DE ELIMINAÇÃO**.



10

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO**

O mecanismo do JUÍZO HIPOTÉTICO DE ELIMINAÇÃO: imagina-se que a conduta não ocorreu e procura-se verificar se o resultado teria surgido mesmo assim. Suprimida a conduta, o resultado ocorre = não há nexos causal. Logo, suprimida a conduta, o resultado não ocorre = há nexos causal.

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL**

1. A relação de causalidade entre a conduta e o resultado, é sempre aquela que pode ser valorada através de um vínculo subjetivo do agente. Logo, a cadeia natural de causalidade é limitada pelo DOLO ou CULPA, gerando ao sistema jurídico uma causalidade relevante. TODA CONDOTA que não for incluída no subjetivo do autor, será *acidental*, não podendo configurar crime.

## AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO



### LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL

2. CONCAUSAS INDEPENDENTES: trata-se da convergência de uma *causa externa à vontade do autor da conduta*, que foge a *linha normal do seu desdobramento*. Aparece **inesperada** e **imprevisivelmente**. Podem ser ABSOLUTA ou RELATIVAMENTE independentes.

## AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO



### LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL

2.1. CONCAUSAS **ABSOLUTAMENTE** INDEPENDENTES.

NÃO se originam da conduta do agente, estando dela DESVINCULADA; produzindo POR SI SÓ o resultado. Rompimento do nexo de causalidade. Para verificá-las, aplicamos o *juízo hipotético de eliminação*. Ex: *A envenena letalmente B que, ao dirigir-se para fora do bar é alvejado com tiros por C. Causa da morte: envenenamento. C comete tentativa de homicídio.*



**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL****2.1. CONCAUSAS RELATIVAMENTE INDEPENDENTES.**

Se originam da conduta do agente, pois não existiriam sem sua conduta criminosa.

Que produzem POR SI SÓ o resultado; art. 13, § 1º:

1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL****2.1.1 CONCAUSAS RELATIVAMENTE INDEPENDENTES QUE POR SI SÓS PRODUZEM O RESULTADO (13, § 1º).**

'A', ferido por pauladas por 'B', é socorrido em ambulância que é atingida pelo ônibus a caminho do hospital. Todos da ambulância morrem.

'A' estava na ambulância *por causa das pauladas* (relatividade), mas *morreu em função do acidente* (independência que por si só). **Causalidade Adequada.**



**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL****2.1.2 CONCAUSAS RELATIVAMENTE INDEPENDENTES QUE NÃO PRODUZEM POR SI SÓS O RESULTADO.**

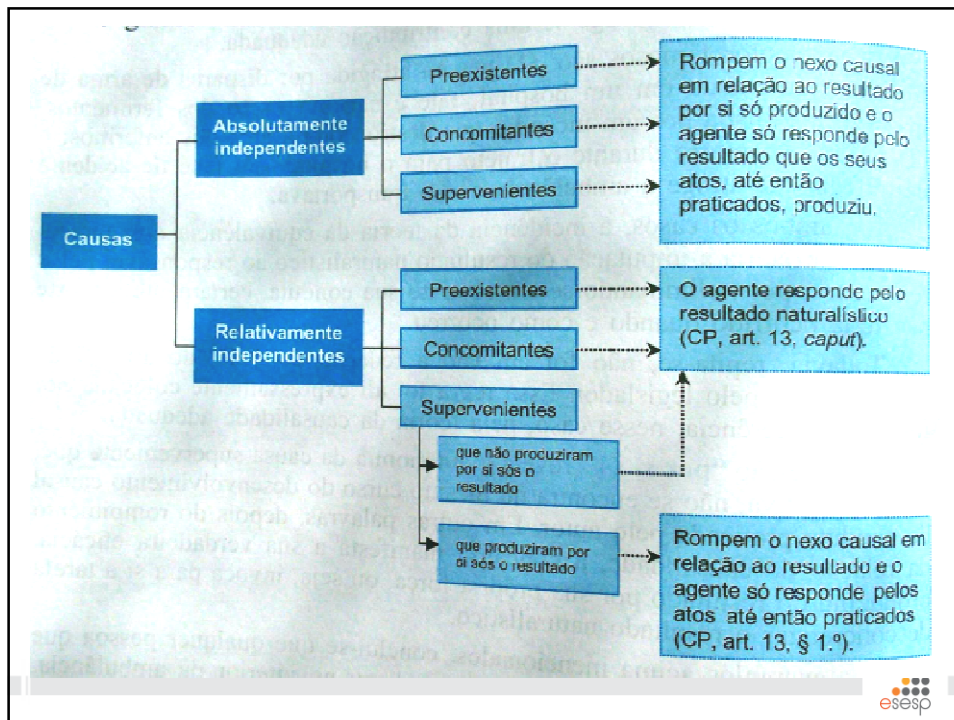
Tais causas auxiliam ou reforçam o nexu causal, somando energias para a produção do resultado.

'A' querendo matar 'B' defere-lhe vários disparos de pistola. Em fuga desastrada, 'B' corre para avenida e é morto por atropelamento.

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****LIMITES À EXTENSÃO DA CAUSALIDADE PENAL****2.1.2 CONCAUSAS RELATIVAMENTE INDEPENDENTES QUE NÃO PRODUZEM POR SI SÓS O RESULTADO.**

Na fuga desastrada, a vítima adentra a via pública desorientadamente *por causa dos tiros (relatividade da independência)*, e é atropelada e morre somente porque fugia dos tiros (soma de energias ou esforços).

Há aqui a hipótese de homicídio consumado.



## AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO



### RELEVÂNCIA CAUSAL DA OMISSÃO (ART. 13)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente ***devia e podia agir*** para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****OMISSÃO PRÓPRIA X OMISSÃO IMPRÓPRIA**

Os crimes *omissivos próprios* consistem numa desobediência a uma norma mandamental determinante duma conduta que não é realizada. Há um descumprimento de uma ordem legal que gera a causalidade dita *jurídica*. Tratam-se de *crimes de mera atividade* e por isso não produzem resultados naturalísticos. Ex: art. 89 da lei 8.666/93, caput, segunda parte: “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

**AÇÃO - CAUSALIDADE - RESULTADO****OMISSÃO PRÓPRIA X OMISSÃO IMPRÓPRIA**

No crime de *omissão imprópria* ou *comissivo por omissão*, o dever/poder de agir imposto visa evitar a ocorrência de um resultado concreto. Por isso o § 2º do art. 13 citado acima vem estabelecer as hipóteses do dever de agir; bem como condicionar esse exercício ao fato de realmente ou efetivamente, poder agir como manda a lei ou circunstância.

## TIPICIDADE

**PRIMEIRAMENTE**, é o encaixe correto da conduta praticada pelo agente no mundo dos fatos com o modelo descrito pela lei penal. **EM SEGUNDO**, essa conduta que se encaixa na lei penal *deve* provocar lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico protegido pelo direito penal. Por isso se a lesão ou o perigo for diminuto, insignificante, não haverá tipicidade; logo não haverá crime, não obstante a prática de um ato proibido pela lei penal.



## TIPICIDADE

### PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

- **Mínima ofensividade da conduta;**
- **Ausência de periculosidade social da ação;**
- **Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do autor;**
- **Inexpressividade da lesão jurídica.**

**OBS: crimes que lesam a moralidade administrativa não são insignificantes.**



## TEORIA GERAL DO DELITO:

### relembremos...

A conduta punível pressupõe **ação** (conduta humana volitiva – dolo ou culpa – com fim determinado a um resultado, mediante um liame causal que o sustente), **típica** (desde que seja prevista em lei como crime e lese, significativamente, um bem jurídico) **antijurídica** e **culpável**.



### ANTI JURIDICIDADE / ILICITUDE

- **FORMAL:** é a contrariedade existente entre a ação e a norma jurídica.
- **MATERIAL:** é a potencialidade de dano social pela lesão ao bem jurídico tutelado.
  - **Consequências Práticas:** a) permite a graduação do injusto; b) possibilita a admissão das *causas supralegais de justificação*.



## ANTI JURIDICIDADE / ILICITUDE

Se busca aqui encontrar o *injusto* da conduta típica praticada. Neste termos, o operador jurídico realiza um juízo de valor para determinar se o indício de ilicitude se confirma, *ante a ausência de causas de justificação*, ou se pode ser desconstruído pela presença de uma destas causas.



## ANTI JURIDICIDADE / ILICITUDE

### **CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO / EXCLUSÃO**

- Identificado na lei com a expressão: ‘não há crime’.
- Dividem-se em ‘causas genéricas’ previstas na parte geral do CP; e ‘causas especiais’, previstas de forma especial em cada tipo penal.



## **ANTI JURIDICIDADE / ILICITUDE**

### **Exclusão de ilicitude**

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.



## **ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

**Consiste na prática de um fato típico, em razão de cumprir o agente uma obrigação imposta por lei (penal ou não penal). Ex: Advogado que se nega a depor sobre fatos que sabe em razão da profissão; busca e apreensão; várias condutas no exercício do poder de polícia.**





### EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O direito é um só, sendo dividido didaticamente em vários ramos. Logo, um ato lícito para qualquer área do direito não pode ser ilícito para o direito penal. Ex: Pai que, moderadamente, castiga seu filho para educá-lo (art. 1.634 CC + art. 18-A ECA), não comete o crime maus tratos art. 136 CP.

### EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Outros exemplos:

- Lesão em esportes regulados, desde que ocorrida com obediência às suas regras;
- Intervenções médicas ou cirúrgicas mediante consentimento prévio;
- Prevenção ofensiva: arame farpado, cerca elétrica... (devem ser visíveis);

## CULPABILIDADE

Nesta fase da Teoria Geral do Delito, já é possível dizer o CRIME OCORREU, restando apenas verificar a responsabilidade do seu autor e aplicar-lhe a pena correspondente.

Assim, se trata de um *juízo de reprovabilidade* que incide sobre a *formação e exteriorização da vontade* do responsável pelo crime, para aferir a necessidade de imposição de pena.



## CULPABILIDADE

É a *culpabilidade* que diferencia a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social, daqueles portadores de doenças mentais; dos seres irracionais; das pessoas que não possuem consciência do caráter ilícito do fato praticado ou não tem como agir de forma diferente. Aquele deve ser punido, estes não.



## CULPABILIDADE

Uma importante reflexão sobre **COCULPABILIDADE**. (atenuante art. 66 do CP)

*Como há desigualdades sociais, a personalidade do agente é moldada em consonância com as oportunidades oferecidas ao indivíduo, para orientar-se, ou não, conforme o direito.*



## CULPABILIDADE

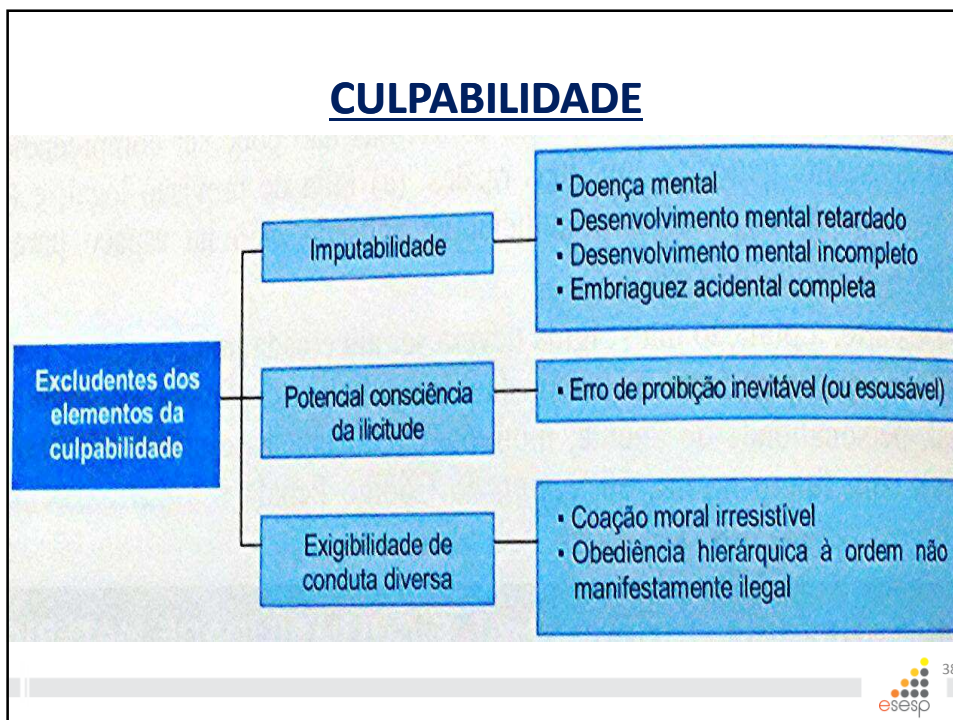
A crescente teoria da **COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS**. (s/ majorante. Incide fix. Pena base)

- *Critica a seletividade do sistema penal (PPPs), e a incriminação da própria vulnerabilidade.*
- *Reprovação penal mais severa no tocante aos crimes praticados pelos 'privilegiados sociais' (ricos, poderosos, MPs, Magistrados, Advogados, Políticos. Etc...)*

## CULPABILIDADE

**Imputabilidade:** **capacidade mental** do ser humano, ao tempo da ação ou omissão, **entender o caráter ilícito do fato** (biológico: por perícia) **E determinar-se de acordo com esse entendimento** (psicológico: feito pelo Juiz).

## CULPABILIDADE



## CULPABILIDADE

A *potencial consciência da ilicitude* é afastada pelo erro de proibição escusável. O ERRO DE PROIBIÇÃO não se refere ao (des)conhecimento da lei; ou seja, se o agente sabe ou não que existe uma lei sobre tal situação (existência da lei), cujo conhecimento por todos se presume após sua publicação.

## CULPABILIDADE

O ERRO DE PROIBIÇÃO se dá quanto à licitude do conteúdo da lei; ou seja, se o comportamento do agente está ou não contrariando o preceito legal. Em suma, o agente interpreta mal a lei ou sequer consegue interpretá-la. Um júzo profano de sua consciência ante ao fato concreto poderá revelar, ou não, o erro.

## CULPABILIDADE

O ERRO DE PROIBIÇÃO pode ser vencível (inescusável) ou invencível (escusável). Ora, se o agente empregar as diligências ordinárias (esforço comum) *inerentes a sua condição pessoal*, para saber se sua conduta está correta (de acordo com a lei); E MESMO ASSIM não compreender a ilicitude e cometer um crime, SEU ERRO DE PROIBIÇÃO SERÁ ESCUSÁVEL e estará isento de pena.

## CULPABILIDADE

CONTUDO, se o ERRO DE PROIBIÇÃO ocorreu , *sem que o agente tivesse empregado as diligências ordinárias (esforço comum) inerentes a sua condição pessoal*, para saber se sua conduta está correta (de acordo com a lei); e cometer um crime, SEU ERRO DE PROIBIÇÃO SERÁ INESCUSÁVEL, posto que poderia ser evitado. Logo, sofrerá a pena do crime praticado, porém, reduzida de 1/6 a 1/3.

## CULPABILIDADE

### ERRO DE PROIBIÇÃO E OS CRIMES LICITARÓRIOS

Lendo os tipos penais licitatórios, percebe-se que os elementos técnicos e jurídicos que os compõem, requerem um bom nível de capacitação – tanto dos servidores públicos envolvidos, como dos licitantes – bem como em exercício qualificado de hermenêutica; ambos para definirem a licitude da conduta de cada agente do certame. Assim sendo, é de se presumir que muitos serão os casos de ERRO configurados na fase da culpabilidade do crime.



### ERRO DE PROIBIÇÃO E OS CRIMES LICITARÓRIOS

**EXEMPLOS:** Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.

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

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

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

**NUM JUÍZO PROFANO SERÁ QUE ENCONTRAMOS NO LICITANTE ESSE NÍVEL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.666/93?**



## CULPABILIDADE

### **EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**

Refere-se a uma expectativa da sociedade a cerca da prática de uma conduta diversa daquela que foi praticada pelo criminoso. LOGO, se tal conduta não era possível ser exigida ante a expectativa social (inexigibilidade de conduta diversa), exclui-se a culpabilidade.



## CULPABILIDADE

### **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**

Pode ser SUPRALEGAL, quando a conduta diversa inexigível não encontrar amparo legal. Será LEGAL no caso da a) coação moral irresistível; b) obediência hierárquica.





## CULPABILIDADE

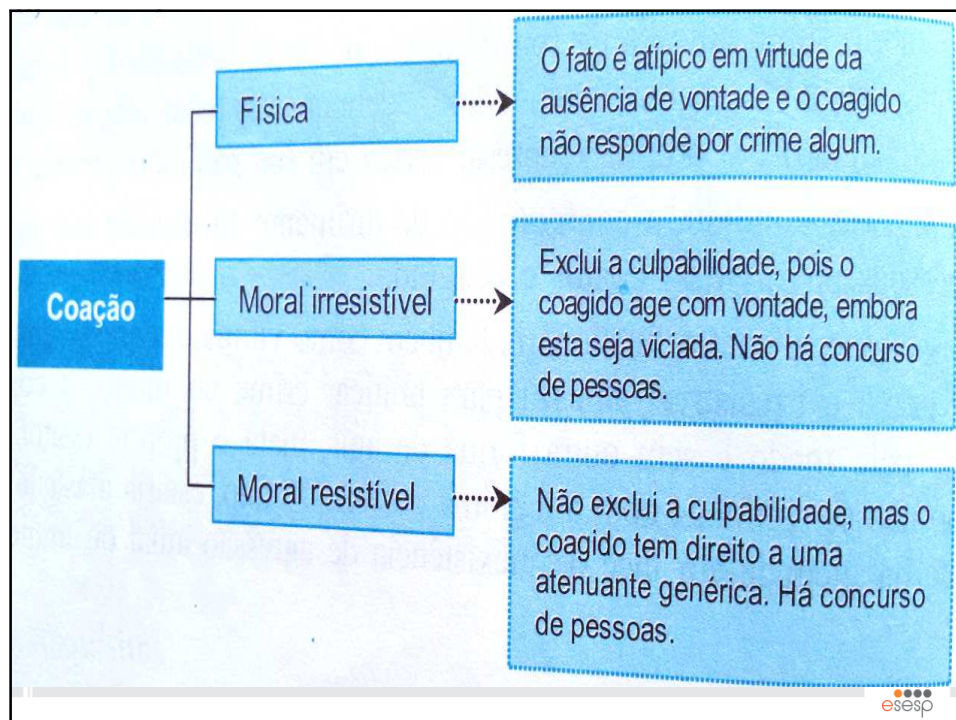
### COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

A lei não pode impor às pessoas o dever de atuar de modo heroico.

#### REQUISITOS:

- Ameaça grave e irresistível;
- Não tem como evitar o perigo;

Como a vontade do coagido está viciada, exclui-se a culpabilidade = não há pena. Pelo crime responde o coator.



## CULPABILIDADE

### OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

É quando um funcionário público *subalterno* pratica uma infração penal, em decorrência de cumprimento de ordem, *não manifestamente ilegal*, emitida pelo seu *superior hierárquico*.

**“Manda quem pode e obedece o que tem juízo”, desde que a ordem não seja uma ilegalidade estampada.**

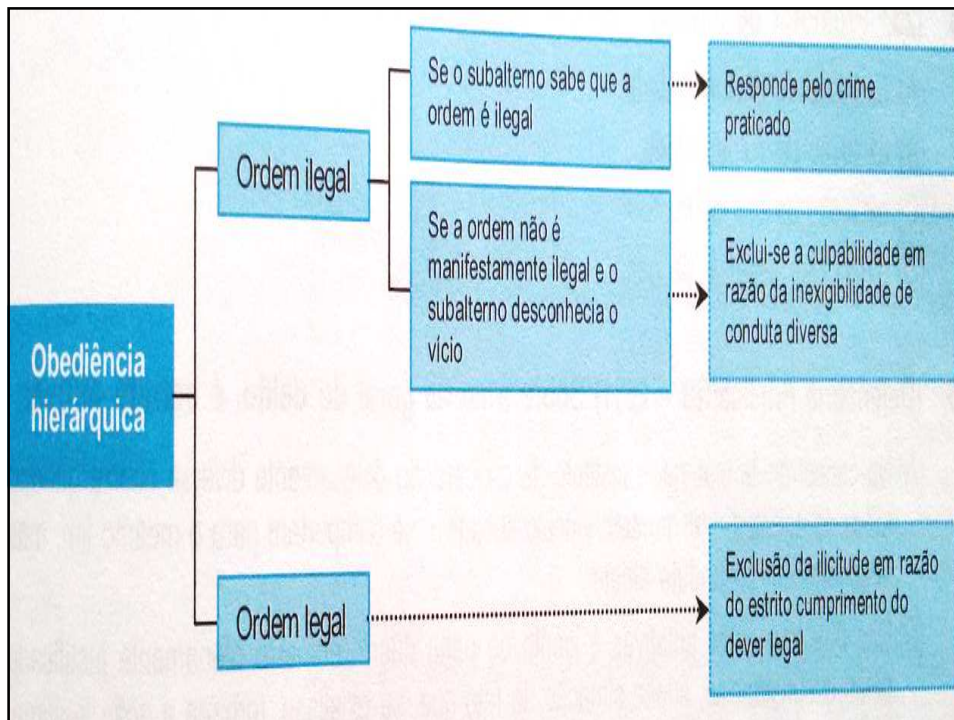
## CULPABILIDADE

### OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

#### REQUISITOS:

- **ORDEM NÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL;**
- **ORIGINADA DE AUTORIDADE COMPETENTE;**
- **CUMPRIMENTO ESTRITO DA ORDEM.**

Exclui a culpabilidade do executor (fica livre de pena), porém pelo crime responde o autor da ordem.



## Teoria Geral do Delito

Depois desse breve resumo, podemos afirmar:

Haverá crime se a conduta apta enquadrar-se em um tipo penal com o preenchimento da tipicidade, for também antijurídica.

Já a penalização dependerá da culpabilidade do autor.

## RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Será possível criminalizar as pessoas jurídicas?

Pode um empresa praticar crimes de licitação?



## RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Vimos que a **AÇÃO** como 1º elemento estrutural de um crime, é o comportamento voluntário conscientemente dirigido a um fim. Logo, possui conteúdo *psicológico*.

Como sustentar que a *pessoa jurídica*, em ente abstrato, destituído de sentidos e impulsos, possa ter vontade e consciência (DOLO)?



## RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: confusão total.

A DOUTRINA majoritária entende não ser possível, diante do princípio da culpabilidade penal, responsabilizar a PJ por crimes. O STJ, se posiciona no sentido de que o art. 225, § 3º da CF/88 deve ser aplicado e admite que a PJ pode ser criminalmente responsável JUNTAMENTE com as pessoas físicas que praticaram as ações do fato criminoso AMBIENTAL. Já o STF (RE 548181) em 2015, afirma ser possível a imputação criminal isolada à PJ.



## CONFLITO ENTRE O DL 201/67 E A LEI 8.666/93

Existe conduta que pode configurar mais de um tipo penal; seja na mesma lei ou em leis diferentes.

Por isso é bom esclarecer que, **em se tratando de condutas que tipifiquem crimes licitatórios, ainda que praticados por Prefeitos, a lei 8.666/93 prevalecerá, pois *mais benéfica, posterior ao DL 201/67*, e disciplina de forma *especial e completa* o sistema de licitação.**



## EXERCÍCIO CASO CONCRETO

**0001173-51.2009.8.08.0000 (100.09.001173-3)**

Classe: Denúncia

Órgão: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

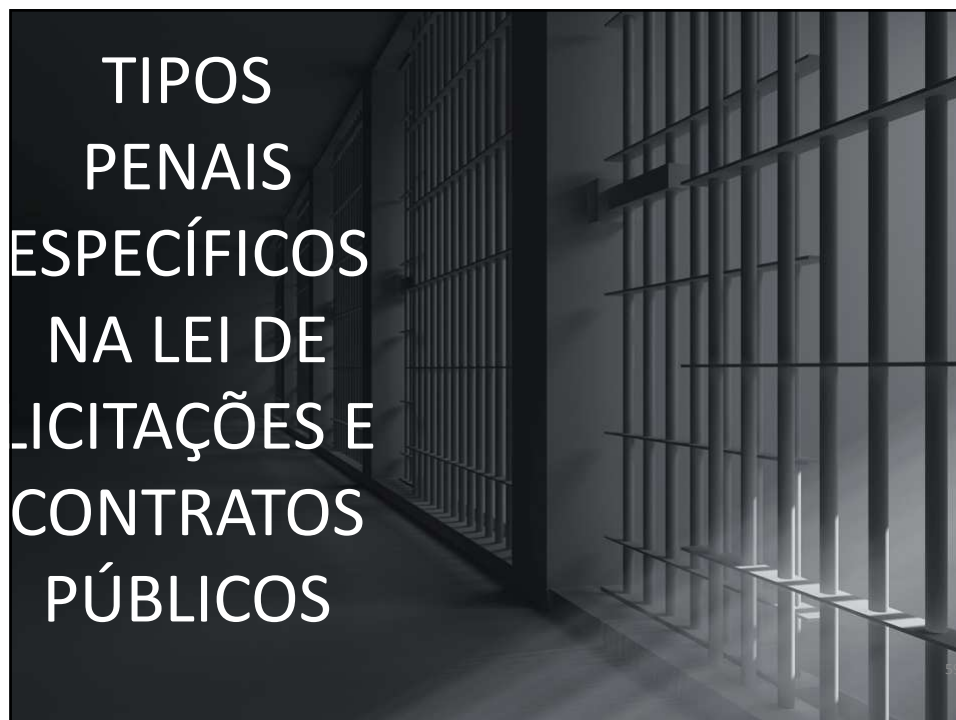
Data de Julgamento: 16/09/2009

Data da Publicação no Diário: 20/10/2009

Relator : SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA

Origem: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO





### DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

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

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

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

## DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

### BEM JURÍDICO

Em todos os crimes licitatórios encontramos uma objetividade jurídica genérica voltada a preservar os princípios constitucionais expressos impostos a Adm. Pública. Porém, cada crime tem um ***bem jurídico específico a ser protegido***, a depender da sua tipicidade.

O do art. 89 é ***assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade*** de licitação pública.



## DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

### SUJEITO ATIVO

Observadas as ações do caput do art. 89, constata-se tratar de atribuições próprias do exercício de função pública. Logo, exige-se uma ***qualidade especial*** do sujeito ativo: ***funcionário público*** (crime próprio). **MAS QUALQUER SERVIDOR PODE PRATICÁ-LO?** Não! Somente àquele que tiver a competência para autorizar a realização de procedimento licitatório. Outros servidores poderão ser apenas ***partícipes*** (art. 29 do CP).





## DÚVIDAS FREQUENTES

**O EMPRESÁRIO** (leia-se: qq um não servidor) que concorre para que o crime ocorra, também é sujeito ativo do art. 89?

R: Depende. O parágrafo único que trata dessa situação prescreve que somente cometerá esse crime **quando celebrar o contrato com o Poder Público** (a lei exige do particular a condição de **beneficiar-se** com sua conduta criminosa).



## DÚVIDAS FREQUENTES

**O ADVOGADO PARECERISTA**, no caso específico não poderá ser coautor, ainda que seu parecer – que fora usado para justificar a ação do servidor que cometeu o crime – seja de fundamentação baseada em doutrina ou jurisprudências minoritárias. Ademais, o parecer (nessa hipótese) não é ato vinculativo e o exercício profissional do Advogado é amparado por inviolabilidade constitucional (art. 133 CF).



**PROCESSO Nº 0040001-68.2014.8.08.0024 TJES**

“(...) a decisão que recebeu a inicial **não demonstrou, em relação ao mesmo, a necessária justa causa, especialmente considerando que o agravante emitiu, no exercício das atribuições do seu cargo, um parecer opinativo**, apenas em relação aos aspectos formais da minuta da escritura pública de desapropriação. Ademais, **parecer não é ato administrativo**, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.”

**PARA PENSAR E RESPONDER**

O servidor competente para dispensar ou inexigir licitação pública, cujo despacho de justificativa está completamente amparado por respeitável e fundamentado parecer jurídico que o convence por completo; comete o crime do art. 89, se, posteriormente, for verificado que não era hipótese de dispensa ou inexigibilidade?



## DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

### SUJEITO PASSIVO (ART. 85)

São os Entes Públicos: E as Entidades Públicas:

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ União Federal;</li> <li>➤ Estados;</li> <li>➤ Municípios;</li> <li>➤ Distrito Federal;</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Autarquias;</li> <li>▪ Fundações;</li> <li>▪ Empresas Públicas</li> <li>▪ Sociedade de Economia Mista;</li> <li>▪ Quaisquer outras entidades sobre o seu controle direto ou indireto.</li> </ul> |
|--|---|



## EMPRESA PREJUDICADA

Seria ela também sujeito passivo do crime do art. 89? (Se afirmativo, pode processar criminalmente o servidor.)

R: NÃO, pois não cabe a empresa ***assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade***. O sujeito passivo não se confunde com o prejudicado; embora, de regra, coincidam na mesma pessoa, podem recair, no entanto, em sujeitos distintos: ***sujeito passivo é o titular do bem jurídico protegido. Prejudicado, é qualquer pessoa que, em razão do fato delituoso, sofre dano.***



## DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

### ADEQUAÇÃO AO TIPO OBJETIVO

- A. Dispensar licitação *fora das hipóteses previstas em lei.* (lei formal)
- B. Inexigir licitação *fora das hipóteses previstas em lei.*(lei formal)
- C. Dispensar ou inexigir licitação nas hipóteses legais, porém *deixar de observar as formalidades a elas pertinentes.* (sofre muitas críticas)



## Vejamos às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação da Lei 8.666/93

**Art. 17 (taxativo)**

**Art. 24 (taxativo)**

**Art. 25 (exemplificativo)**



## ART. 26 E SUAS IMPLICAÇÕES

É pela inobservância dos procedimentos estabelecidos nesse artigo que o servidor pode cometer o crime do art. 89, parte “C”.

Contudo, percebe-se que a maioria das alienações do art. 17 e das contratações de obra de engenharia e de outros serviços e de compras de bens de pequeno valor (10% do valor máximo para convite), ***não exigem o cumprimento das formalidades do art. 26.***

**FIQUEM ATENTOS!**



## DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

### ADEQUAÇÃO AO TIPO SUBJETIVO

É constituído pelo ***dolo*** (elemento geral), que por vezes é acompanhado de elementos especiais ***intenções e tendências***.

Somente conhecendo e identificando a intenção – vontade e consciência – do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico.

A essência do dolo está na vontade de realizar ação e obter um resultado previamente tipificado na lei penal. Não se trata de vontade de violar a lei.



Ademais, a consciência de que a dispensa ou inexigibilidade estão fora das hipóteses legais, ou de que não se observa as formalidades do art. 26; e ainda a intenção de mesmo assim prosseguir na contratação, ***devem ser reais, efetivas, concretas, no momento da ação, sendo insuficientes a mera possibilidade ou potencial consciência de tais elementos.*** Logo, o parecer do Advogado Público fundamentado, demonstrando a lisura da dispensa, inexigibilidade ou procedimento de contratação, afasta a consciência da vontade do servidor competente para praticar tais atos, já que segue o entendimento técnico exarado, afastando o ***dolo***, por conseguinte, a tipicidade subjetiva.



## TIPO SUBJETIVO DO § ÚNICO

Há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a necessidade de assinatura de contrato administrativo com o particular que ***concorre para a consumação da ilegalidade.***

STOCO E CRECO FILHO:  
O ***beneficiar-se com a contratação futura*** é apenas um elemento subjetivo especial do tipo. Logo, configura-se o crime sem o contrato firmado.

BITENCOURT:  
A ***referida elementar*** é uma condição objetiva de punibilidade. Portanto, o crime é material, consumando-se com a efetiva contratação.



## DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL

### CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

- A. *Dispensar ou inexigir ilegalmente*** licitação: consumação com a assinatura do contrato (desnecessidade de início da execução). Cabe observarmos que sem o contrato firmado não há sequer infração administrativa, posto que o certame pode ser revogado ou o erro corrigido.
- B. *Deixar de observar as formalidades:*** não obstante a duvidosa constitucionalidade de criminalizar o *erro in procedendo*, o crime se consuma com a assinatura do contrato para o qual a ilegalidade concorreu o particular.



## DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

Ocorre quando o funcionário público que iniciou a realização de uma das figuras típicas do art. 89, ***interrompe, voluntariamente, a execução do crime***. É a última oportunidade que o Estado dá ao agente para sair fora da situação delituosa.

Difere da tentativa, pois nessa o crime não se consuma por circunstâncias ***alheias a vontade do agente***.

**Posso prosseguir, mas não quero = desistência.**

**Quero prosseguir, mas não posso = tentativa.**



## ARREPENDIMENTO EFICAZ

Ocorre quando o funcionário público, **após esgotados todos os meios que dispunha** para consumação de uma das figuras típicas do art. 89, **arrepende-se e evita que o resultado aconteça**. Pratica nova atividade para impedir que o resultado ocorra. O êxito é indispensável.

**OBS: TANTO NA DESISTÊNCIA, QUANTO NO ARREPENDIMENTO, O AGENTE RESPONDERÁ PENALMENTE PELOS ATOS JÁ PRATICADOS, SE CONSTITUÍREM, *POR SI SÓ*, CRIME(S).**



## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

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

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (**admite-se penas alternativas art. 44, §2º CP**)







## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Além dos princípios constitucionais expressos aplicáveis a Adm. Pública, o bem ***especificamente tutelado é o caráter competitivo da licitação***, garantindo uma *concorrência legítima, preços justos, proibida administrativa entre os envolvidos no certame; preservando a dignidade e moralidade administrativa.*

## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### SUJEITO ATIVO

Qualquer pessoa (crime comum), com a possibilidade de *concurso necessário de agentes*, pois, *ajustar ou combinar* a prática delitiva, pressupõe duas ou mais pessoas.

### SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive o próprio órgão público licitante que tem a moralidade administrativa e a regularidade de seu certame atingidos. Não raro, são múltiplos.



## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### TIPO OBJETIVO:

Tipo penal de conteúdo variado (muitos verbos). Logo, ainda que o agente pratique todos eles cometerá um só crime.

**A) FRUSTRAR** é inviabilizar; inutilizar ou impedir, tanto a realização do procedimento licitatório, como também o seu caráter competitivo.

**B) FRAUDAR** é utilizar de artifício, estratégia, engodo ou ardil, para vencer *a vigilância da vítima* ou seu responsável (administrador público ou concorrentes). Busca alterar ou mascarar a forma procedimental correta, ou o caráter competitivo.



## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### CLÁUSULAS DISCRIMINATÓRIAS

São normas excepcionais que desvirtuam o *caráter competitivo* da licitação, tendo por fim a proteção do *mercado nacional*; o incentivo ao emprego de *deficientes ou reabilitados* da previdência, através da fixação, pelo Poder Executivo, de uma ***margem de preferência*** que não poderá ultrapassar 25% do valor dos produtos e serviços estrangeiros.

Vide art. 3º da lei 8.666/93, esp. §§ 5º a 12



## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### OBTER VANTAGEM NO OBJETO DA LICITAÇÃO

Essa elementar do tipo penal, não requer que a vantagem seja de natureza econômica, bastando que o eventual prejuízo dela decorrente represente ofensa patrimonial ao prejudicado. Contudo ela deve ser descrita na ação penal e ter relação direta com o contrato celebrado, independentemente do agente criminoso ser o contratante, posto que a vantagem pode ser um contrato ilícito em licitação futura.



## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### TIPO SUBJETIVO

**Dolo**, com a vontade livre e consciente de *fraudar ou frustrar*, por qualquer meio *fraudulento*, o caráter competitivo do certame licitatório.

**Elemento subjetivo especial do tipo**: vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do objeto licitatório.

**OBS1**: sem a demonstração do tipo subjetivo, não haverá o crime do art. 90. Talvez do art. 93 ou art. 95.

**OBS2**: contudo, não é necessário que a vantagem pretendida seja alcançada, ela precisa apenas existir.



## AÇÃO PENAL 565 STF

A escolha de modalidade licitatória diversa daquela exigida pela lei, com o fracionamento de despesa, constitui fraude ao caráter competitivo inerente à licitação. Condenação de Ivo Narciso Cassol, Salomão da Silveira e Erodí Antônio Matt pela prática, por doze vezes, do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93.





## FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando de crime de dano – que exige resultado naturalístico, para consumir-se, necessário é que a *frustração ou fraude* sejam efetivas a ponto de eliminar ou ludibriar o caráter competitivo da licitação. A obtenção, ou não, da vantagem, não interfere na consumação, posto tratar-se apenas de um *fim especial* que compõem a fase de exaurimento do crime.

A tentativa é possível, porém o simples **ajuste ou combinação** não são suficientes para comprová-la. É preciso o início da execução criminosa na prática.

## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à *instauração de licitação* OU à *celebração de contrato*, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (admite-se penas alternativas art. 44, §2º CP)



## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### BEM JURÍDICO

Protege-se a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Tutela-se o *regular funcionamento da administração governamental*.

Busca-se uma plena satisfação da *isonomia de tratamento nas contratações ou licitações públicas*, proibindo que interesses privados sejam patrocinados em desfavor da retidão do certame.



## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### SUJEITO ATIVO

Por tratar de *crime próprio*, somente o funcionário público pode ser seu autor; prevalecendo dessa condição para *patrocinar interesse privado* perante a Administração Pública.

É indispensável que o agente valha-se da sua condição de servidor, ***desempenhando serviço público de modo subjetivo, pessoal, favorecendo um em detrimento de outro; ferindo a isonomia.***

Age como a coisa pública fosse sua empresa.



91

## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### SUJEITO PASSIVO

É o ente público ou entidade pública, ***no âmbito do qual a licitação ou a contratação foi instaurada ou celebrada, respectivamente.***

Se houver prejuízo a *terceiro* (bastante provável), este também será sujeito passivo secundário, podendo, inclusive, propor ação penal privada, subsidiária da pública contra o funcionário público autor do crime.



92

## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### TIPO OBJETIVO

- **PATROCINAR**, é defender, pleitear, proteger, auxiliar ou amparar o interesse privado de alguém, valendo-se da sua condição especial de funcionário público (usa da sua influência, amizade, conhecimento específico, para efetivar seu patrocínio).
- **INTERESSE PRIVADO** é qualquer finalidade a ser alcançada pelo particular perante a Administração Pública, pouco importando a sua legitimidade, já que a *invalidação* do contrato ou do certame, se dá pelo próprio patrocínio indevido, pouco importando se o interesse era legal ou não.



## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### ELEMENTARES NORMATIVAS DO TIPO

- a) **DANDO CAUSA À INSTAURAÇÃO DE LICITAÇÃO OU A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO**: significa dizer, a contrário senso, que se o patrocínio do interesse privado se der em *licitação já em andamento*, não há o crime do art. 91 em comento.
- b) **INVALIDAÇÃO DA LICITAÇÃO OU DO CONTRATO PELO PODER JUDICIÁRIO**. Para parte da doutrina, trata-se de *elementar normativa*, que quando não verificada, o crime não existe; não se justificando ação penal para a conduta. Outros afirmam tratar de *condição objetiva de punibilidade*; admitindo a existência do crime (e a ação penal), mas com a punibilidade suspensa até a invalidação pelo judiciário, ao menos, confirmada em segunda instância.





## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### CRÍTICA

UM ILÍCITO QUE OCORRE COM FREQUÊNCIA E POSSUI UMA ESPECIFICIDADE TAL, QUE A CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL SE TORNA, COTIDIANAMENTE, UMA TAREFA DIFÍCIL. ISSO NÃO SE DÁ POR ACASO! TAMBÉM POR ISSO, A COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS TEM CRESCIDO EM VOLUME, EM TERMOS DE ACEITAÇÃO PELAS PESSOAS DA SOCIEDADE.



## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### TIPO SUBJETIVO:

Lembrando, aqui a vontade do agente é de suma importância para compor sua atividade comportamental (conduta).

Caracteriza-se por uma vontade consciente de atuar contrariando os elementos do tipo. Não há necessidade de obtenção de vantagem, mas exige-se prévio conhecimento de que objetiva instauração de licitação ou contratação.



## ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

### CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com a realização do primeiro ato de patrocínio do interesse privado ante a Adm. Pública, desde que haja o sucesso da “advocacia” administrativa com a instauração da licitação ou a celebração do contrato, ~~numa cerimônia regada a fumaça, bebida e muito dinheiro, até mesmo na cueca.~~

Tentativa é admissível.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

Art. 92. **Admitir, possibilitar** ou dar causa a qualquer ***modificação ou vantagem***, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, **sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, OU, AINDA, pagar fatura com preterição da ordem cronológica** de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. **(admite-se penas alternativas art. 44, §2º CP).**



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

Depois de desabafar sobre o desastre da redação desse artigo, durante uma página e meia, (230), o autor Cezar Roberto Bitencourt, cuja obra DIREITO PENAL DAS LICITAÇÕES, é fonte primordial desse trabalho, conclui:

“Perdoem-nos, prezados leitores, algum desabafo em nossos comentários, **mas foi um trabalho angustiante até encontrar um caminho razoavelmente racional.**” ...; logicamente para poder entender e explicar (hermenêutica) o tipo penal sugerido.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

**BEM JURÍDICO**: Legalidade, segurança e estabilidade contratual.

**SUJEITO ATIVO**: Por ser um crime próprio, o funcionário público que, ***em exercício da sua função***, tenha atribuição para a prática desses atos. O particular que atua para que o funcionário se mova em direção ao crime, tem seu tipo próprio no par. único transcrito abaixo.

**SUJEITO PASSIVO**: Ente e Entidades públicas



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

Art. 92(...)

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

*“Trata-se, na realidade, de verdadeira e expressa limitação a responsabilidade penal de “quem”, de qualquer modo, concorre para o crime (art. 29 CP)”, se tornando mais uma exceção a teoria monista da ação.*



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

### ADEQUAÇÃO DO TIPO OBJETIVO

Trata-se de 2 tipos de incriminação autônoma em 1 tipo penal composto:

- a) O favorecimento ao adjudicatário;
- b) Pagamento com preterição de ordem cronológica, o que possibilita, a depender das condutas, o **concurso de crimes**, devendo o agente ser responsabilizado dessa forma.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

### ADEQUAÇÃO DO TIPO OBJETIVO:

#### a) Favorecimento ao adjudicatário

- ✓ O que se pretende é impedir que ocorram alteração de contratos – durante a execução – para beneficiar o adjudicatário;
- ✓ Alterações que o prejudiquem não é crime;
- ✓ Entendendo isso, fica claro que a **vantagem**, não é a própria alteração, já que se for prejudicial não há crime, mas será **injusta e indevida** e lhe trará proveito, maior satisfação, geralmente de cunho econômico.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

### ADEQUAÇÃO DO TIPO OBJETIVO:

#### b) Preterição de ordem cronológica de pagamento.

- ✓ A preterição tem que ser injusta, seguindo a orientação exegética do art. 5º da lei 8.666/93;
- ✓ Logo, não há crime se a preterição for justificada;
- ✓ Os créditos a serem satisfeitos tem relação direta com a licitação;
- ✓ A fila a ser observada é a dos créditos exigíveis, que assim se tornam na data em que se exauri o adimplemento obrigacional que o sustenta.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

### ADEQUAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO

**DOLO**, (vontade consciente) sobre os elementos do crime, sabendo que age desautorizadamente. Não se trata de ações equívocas ou de diminuída qualificação técnica para agir. Mas sim de dolo; não havendo, inclusive, qualquer *fim especial de agir*.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

### CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A CONSUMAÇÃO, ocorre com a obtenção do resultado pretendido, posto tratar-se de crime material. Porém, como o *caput, 1ª parte, faz do crime de favorecimento ao adjudicatário, um crime de ações múltiplas, o momento de consumação*, será o da primeira conduta que provocou o resultado. Já para o crime de preterição de ordem cronológica, a consumação se dá com o pagamento.



## CAUSAR MODIFICAÇÃO OU VANTAGEM ILEGAL AO ADJUDICATÁRIO

### CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Admite-se, como em regra nos crimes materiais ou de resultado naturalístico, tentativa.

Pode ocorrer também a desistência voluntária – não esgota os meios de execução (posso mas não quero) e o arrependimento eficaz – cujos meios de execução se exaurem mas a consumação não se dá por ação própria, arrependida.



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

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

**OBS: SEMPRE QUE A PENA GERAL E ABSTRATA FOR DE ATÉ 2 ANOS, O CRIME É CONSIDERADO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, AINDA QUE CUMULADA COM MULTA. CONSEQUÊNCIA:**

1. **COMPETÊNCIA DO JECR;**
2. **CABE TRANSAÇÃO (art. 79 da lei 9.099/95).**
3. **SE A PENA MÍNIMA FOR DE ATÉ 1 ANO, CABE SUSP. COND. DO PROC.**





VAMOS FAZER EM CONJUNTO

BEM JURÍDICO:

SUJEITO ATIVO:

SUJEITO PASSIVO:



## ESTAMOS INDO BEM

### ADEQUAÇÃO DO TIPO OBJETIVO

- Conduas:
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- Meios:
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- Fim especial da ação:



### LEMBRANDO...

... sempre que se fala em ***fraude***, temos que considerar a utilização de ardil, técnicas de disfarce, estratagemas, etc. que possuam, realmente, idoneidade para enganar, ludibriar, os agentes do certame.



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### ELEMENTARES *IMPLÍCITAS* ou EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

GRECO FILHO “... O dispositivo contém, implícito, o elemento normativo ‘sem justa causa’ ou ‘indevidamente’, quanto ao *impedir ou perturbar*,” porque há situações em que estas ações são legítimas e necessárias, afirma o autor.

Exemplos: MS, Ordinárias com tutela de urgência, recursos, e mesmo o exercício da autotutela administrativa.

**Continua...**



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### ELEMENTARES *IMPLÍCITAS* ou EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Contudo, cumpre destacar que os exemplos citados são nada mais que a manifestação de *exercício regular de um direito*. “... e quem o exerce não comete crime, não viola a ordem jurídica, nem no âmbito civil, e muito menos no âmbito penal”, afirma BITENCOURT.

**MAS O ABUSO, EXCESSO OU DOLO NO EXERCÍCIO DESSE  
DIREITO PODE CONFIGURAR A ELEMENTAR DA “INJUSTA  
CAUSA” DO IMPEDIMENTO OU PERTURBAÇÃO DA LICITAÇÃO?**



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

**MAS O ABUSO, EXCESSO OU DOLO NO EXERCÍCIO DESSE DIREITO PODE CONFIGURAR A ELEMENTAR DA “INJUSTA CAUSA” DO IMPEDIMENTO OU PERTURBAÇÃO DA LICITAÇÃO?**

R: Com relação as ações judiciais, não. Trata-se de direito fundamental e constitucional, cujo mal exercício sofre as sanção processuais, que se restringem no âmbito do processo. Já na autotutela, seu exercício abusivo ou doloso pode revelar-se *indevido*, fazendo com que os funcionários públicos competentes fiquem sob o crivo da legalidade. Sendo um direito exercido unilateralmente, o desvio para o arbítrio tem que ser evitado.



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### **ADEQUAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO**

Como em todo crime licitatório, o DOLO. Mas o dolo simples, comum. O agente deve ter plena consciência, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar (impedir, perturbar ou fraudar a procedimento licitatório). Lembrando que essa **vontade** deve abranger a ação, o resultado e os meios para atingi-lo.



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### CONSUMAÇÃO

- a) **Impedimento**: consuma-se no instante do ato impeditivo do procedimento licitatório.
- b) **Perturbação**: crime formal ou de conduta, consumando com a conduta de **turbar ou gerar dificuldade**, o que se verifica, p. ex. com a constatação de **medidas supletivas ou corretivas** para que o certame possa seguir em frente.



## FRAUDE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### CONSUMAÇÃO

- c) **Fraude**: consuma-se com a realização no certame, do ato viciado pela fraude.

### TENTATIVA

Para as ações impedir e fraudar, que constituem crimes materiais ou de resultado natural, é plenamente possível. No caso da perturbação, fica difícil sua ocorrência, pois ao verificar medida de correção ou supletiva, percebe-se a consumação do ato turbador.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

Art. 94. *Devassar o sigilo de proposta* apresentada em procedimento licitatório, ou *proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo*:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. (CP, art. 44. As PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.)



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### BEM JURÍDICO

*Inviolabilidade do sigilo das propostas*, determinado pelo art. 3º, § 3º da lei 8666/93, constituindo um dos elementos fundamentais que visam assegurar a competitividade e a igualdade no certame licitatório.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### SUJEITO ATIVO

Quanto a ***devassar***, àquele que tem o dever de guarda das propostas, ou seja, funcionário público. Se os particulares, entre eles, revelam as propostas para fraudar a licitação, incidem no tipo do art. 90.

Mas no tocante ao ***proporcionar a terceiro*** o conhecimento do sigilo, trata-se de coautoria entre o servidor guardador do sigilo e o terceiro, este podendo ser particular ou os demais servidores.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### SUJEITO PASSIVO

O ***prejudicado*** com o sigilo da sua proposta devassada. Também a Administração Pública direta ou Indireta, de quaisquer dos poderes públicos.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### ADEQUAÇÃO TÍPICA DO TIPO OBJETIVO

O que é *devassar*?

R: É tomar, indevidamente, o conhecimento do seu conteúdo. Sendo assim, o meio utilizado é variado, quanto mais se considerarmos os instrumentos tecnológicos de hoje; não havendo, sequer, a necessidade de abertura dos envelopes.

Portanto, a proposta tem que estar lacrada (demonstração do sigilo). Discute-se se há o crime só com o rompimento do lacre ou o conhecimento é indispensável. Há fundamento para os dois lados.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### ADEQUAÇÃO TÍPICA DO TIPO OBJETIVO

O que é *proporcionar a terceiro* o conhecimento do sigilo?

R: É facilitar o acesso, tornar o mesmo possível ou acessível. Ou seja, permitindo a devassa, ou podendo impedi-la, omitindo-se.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### TIPO SUBJETIVO

Como em todo crime licitatório, o DOLO. Mas o dolo simples, comum. O agente deve ter plena consciência, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar.

Lembrando que essa **vontade** deve abranger a ação, o resultado e os meios para atingi-la.



## DEVASSA DO SIGILO DE PROPOSTA

### CONSUMAÇÃO

Com o conhecimento da proposta, independentemente da sua divulgação. Não há necessidade de dano material.

No caso do **proporcionar**; o referido conhecimento do sigilo é exigido apenas do terceiro, mas cabe lembrar que esse tipo subjetivo pode ser comissivo por omissão; a facilidade fornecida pode se dar pela consciente e maldosa **não vigilância**.

### ADMITE-SE A TENTATIVA





## AFASTAR LICITANTE

Art. 95. **Afastar** ou **procurar afastar licitante**, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se **abstém ou desiste** de licitar, em razão da vantagem oferecida.



## AFASTAR LICITANTE

### BEM JURÍDICO

GRECO FILHO diz que:

“ é a regularidade do procedimento licitatório, cuja finalidade é a de preservar a moralidade administrativa, a igualdade, e alcançar a contratação mais vantajosa para a Administração”.



## AFASTAR LICITANTE

### ADEQUAÇÃO AO TIPO OBJETIVO

#### A) *Verbos nucleares:*

OBS: lembremos que o objetivo é afastar o licitante, alijando-o da licitação ou mesmo levando-o a abster-se ou desistir do certame.

#### B) Meios:

OBS: violência (*vis corporalis*) / grave ameaça (*vis compulsiva*)



## AFASTAR LICITANTE

**SUJEITO ATIVO:** Qualquer pessoa.

**SUJEITO PASSIVO:** Administração Pública Direta ou Indireta.

**CONSUMAÇÃO:** Com o emprego da violência ou grave ameaça contra o licitante ou com oferta indevida.

**TENTATIVA:** admite-se para a conduta de **afastar**, pois pode o afastamento ser interrompido, por circunstâncias alheias a vontade do agente. O **procurar** afastá-lo, consome-se ao **tentar**, ainda que não haja afastamento.



## AFASTAR LICITANTE

ESTABELECEU-SE HIPÓTESE DE CONCURSO NECESSÁRIO DE CRIMES; QUANDO NA PENA SE LÊ: “*além da pena correspondente à violência*”?

R: NÃO. Quis dizer o legislador que, quando da violência empregada para o crime licitatório resultar lesão à vítima, responderá também por esse crime e por ele terá uma pena. Ou seja: *a pena do art. 95, no caso do uso da violência, não impede que outra pena seja aplicada.*

Não criou hipótese necessária de concurso de crimes (material ou formal). Estes até podem acontecer, mas dependerão da confrontação do caso concreto aos arts. 69 e 70 do CP.



## AFASTAR LICITANTE

### ADEQUAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO

Como em todo crime licitatório, o DOLO. Mas o dolo simples, comum. O agente deve ter plena consciência, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar (*afastar licitante*). Obviamente afastá-lo, do procedimento licitatório.

Lembrando que essa *vontade* deve abranger a ação, o resultado e os meios para atingi-lo.





## **FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA**

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

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### BEM JURÍDICO

Garante a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade do certame licitatório, mas *especialmente preservar o patrimônio da Fazenda Pública*.

Por se tratar de *crime de dano* (...em prejuízo da...), traz em si a pena mais grave dentre os crimes licitatórios; que, por superar a máxima de 04 anos, não pode ser aplicado pena alternativa. Também não é de menor potencial ofensivo (até 02 anos).



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### OBJETO MATERIAL DO CRIME

Reparamos no art. 96, que o crime ocorre *na licitação instaurada e no contrato dela decorrente*.

Porém, interessante observar que o *legislador excluiu* deste tipo de crime, as licitações instauradas e os respectivos contratos de *obras ou serviços*.



### STF INQ 3331/MT dez 2015

6. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias. 7. Prefeito Municipal que, em tese, promove superfaturamento de preços de serviços e obras públicas visando desviar ou permitir o desvio de recursos públicos, comete o crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67. 8. Denúncia parcialmente recebida pelo crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### SUJEITO ATIVO

Por se tratar de **crime comum**, pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse pessoal no procedimento licitatório ou no contrato dele decorrente.



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### SUJEITO PASSIVO

Surpreendentemente, e restritivamente, a **Fazenda Pública**; que não se confunde nem tem a mesma extensão de Poder Público.

O conceito de Poder Público é extraído dos arts. 1º e 85 da Lei 8.666/93; já o conceito de Fazenda Pública é retirado do art. 1º da Lei 6.830/80.

Analisando os artigos acima, não são sujeitos passivos: **Fundações de Direito Privado; Empresas Públicas; Sociedades de Economia Mista; ou quaisquer outras entidades sobre o controle direto ou indireto do Estado.**



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### SUJEITO PASSIVO

Desta forma, podemos imaginar que os crimes licitatórios cometidos por diversos políticos e empresários contra a Petrobras (descobertos pela operação “lava Jato”), não poderão ser capitulados como a fraude de que trata o artigo 96; justamente o que tem a maior pena em abstrato e o único que não cabe a aplicação de penas alternativas.

Essa opção legislativa foi uma coincidência, ou lesar os cofres das empresas estatais é um caminho antigo de financiamento ilegal de campanha política, e portanto, a opção de retirá-las do rol do sujeito passivo desse crime foi uma escolha maldosa?



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### ADEQUAÇÃO DO TIPO OBJETIVO

Conduta nuclear = **fraudar** (todo e qualquer meio enganoso com fim de ludibriar, alterar a verdade dos fatos ou a natureza das coisas, apresentando-se sobre as modalidades de **ardil, engodo, artifício, etc.**

Os incisos vinculados ao *caput*, cujo verbos estão no gerúndio, constituem apenas **meios ou formas** pelas quais a conduta criminosa pode ser executada em prejuízo da Fazenda Pública. Ressaltamos que os meios executórios não são taxativos, admitindo outras formas de cometer a fraude (inc. V, *por qualquer modo*).



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### ADEQUAÇÃO DO TIPO OBJETIVO

A *conduta fraudulenta* só pode ocorrer em **licitação instaurada ou em contrato celebrado**, e desde que verse sobre **aquisição ou venda de bens ou mercadorias**.

A fraude no contrato, ocorre, em verdade, na sua execução, executando aquilo que não foi contratado. É nesse “descumprimento contratual” que repousa a fraude.

A opção de restringir o crime em bens (amplo) ou mercadorias (móveis e semoventes) é absurda, mas foi a opção do legislador, que não pode ser superada pelo Juiz, pela observância do Princ. da Taxatividade.





## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### ADEQUAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO

Como em todo crime licitatório, o DOLO. Mas o dolo simples, comum. O agente deve ter plena **consciência**, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar.

Lembrando que essa **vontade** deve abranger a ação, o resultado e os meios para atingi-lo.



## FRAUDE EM LICITAÇÃO INSTAURADA EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA

### CONSUMAÇÃO

Crime material ou de resultado natural, consumando-se com o prejuízo causado a Fazenda Pública, ensejando a entrega do bem ou mercadoria.

### TENTATIVA

Plenamente possível, por exemplo, quando, na entrega do bem, uma blitz policial apreende a mercadoria falsificada que estava à caminho da Fazenda Pública para ser recebida como cumprimento do contrato.



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

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

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

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



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

**VIDE : <http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis/>**



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### BEM JURÍDICO

Acima de tudo visa **proteger a lisura, correção e transparência na realização de todo o certame licitatório**, impedindo que pessoas inidôneas para licitar e contratar com o Poder Público participem do ato.



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### SUJEITO ATIVO

No *caput*, o crime é próprio de Funcionário Público com poderes para admitir ou rejeitar pretendentes a licitação. No parágrafo o crime é comum, podendo ser cometido por qualquer inidôneo.

### SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa do art. 85, especialmente o ente ou entidade pública em que o inidôneo se apresenta para o certame.



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### ADEQUAÇÃO TÍPICA OBJETIVA

**Admitir:** acolher, aceitar, permitir o inidôneo em licitação; FASE DE HABILITAÇÃO

**Celebrar:** formalizar, contratar, acordar, fazer contrato com a empresa ou profissional inidôneo. FASE DE ADJUDICAÇÃO



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### ADEQUAÇÃO TÍPICA OBJETIVA

Na hipótese do parágrafo único, em que o sujeito declarado inidôneo tem a audácia de, mesmo assim disputar, ou mesmo assinar um contrato com o Poder Público, o legislador pôs em si um sobrepeso em sua responsabilidade, criminalizando sua conduta.

**Discute-se se essa opção é inconstitucional por ferir o p. da isonomia (e o corrupto, e o ladrão, e o condenado em improbidade, etc. podem? ).**



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### ELEMENTAR NORMATIVA O TIPO OBJETIVO

***Declarado inidôneo:*** o preenchimento de significado dessa elementar vem do art. 87 acima destacado. Trata-se de ***sanção administrativa decorrente de decisão em devido processo legal administrativo, transitada em julgado.***



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### ADEQUAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO

Dolo comum, sendo imprescindível que o funcionário público saiba da condição de declarado inidôneo do participante no certame; sob pena de incorrer em erro de tipo. Por isso, a sanção de inidoneidade deve ser registrada no cadastro competente do Ente Federativo que o declarou (nada impede que o faça nos demais), para que os funcionários possam tomar conhecimento. Existindo o registro no cadastro, não adianta alegar desconhecimento dessa condição elementar.



## INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA

### CONSUMAÇÃO

Seja com a admissão no certame (julgamento da habilitação) ou com a assinatura do contrato (adjudicação). É um crime de múltipla ação, logo ainda que admita o inidôneo e depois firme com ele o contrato, comete um só crime do art. 97.

### TENTATIVA

No crime de *admitir*, por ser de mera conduta, não é possível a tentativa (admitiu/consumou; não admitiu/não há crime). Já no *celebrar* contrato é possível a tentativa. Na hipótese do parágrafo, a tentativa é possível tanto no admitir ou celebrar, pois o suj. ativo inicia o certame com tudo pronto seu êxito.



## IMPEDIR A INSCRIÇÃO NOS REGISTROS CADASTRAIS

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. **(menor potencial ofensivo (Susp. Cond. Proc. / Trans. Penal) + penas alternativas.**



## IMPEDIR A INSCRIÇÃO NOS REGISTROS CADASTRAIS

### BEM JURÍDICO

A burocracia voltada a regularidade e eficiência nas contratações (minha visão).

Requisitos são exigidos para àqueles que querem contratar ou firmar outros pactos com o Poder Público. O prévio cadastro oferece segurança e gerencia muitos dados importantes para planejamento das suas contratações.



## IMPEDIR A INSCRIÇÃO NOS REGISTROS CADASTRAIS

Rasgando o verbo, BITENCOURT afirma:

“A rigor, enfrentamos grande dificuldade em encontrar o verdadeiro bem jurídico específico tutelado por essa norma penal, que, a nosso juízo, não teria razão de existir, por sua inocuidade, redundância e desnecessidade, além de discutível eficácia enquanto norma protetora de algum bem jurídico”.

O art. 93 contém o 98, na opinião desse jurista.



## IMPEDIR A INSCRIÇÃO NOS REGISTROS CADASTRAIS

**SUJEITO ATIVO:** Servidor Público Competente.

**SUJEITO PASSIVO:** O Poder Público e também o prejudicado pelo injusto sofrido no registo.

**TIPO OBJETIVO:** obstar, impedir ou dificultar.

**TIPO SUBJETIVO:** dolo comum (sabe o que faz, e quer isso).

**CONSUMAÇÃO:** crime material, logo com o resultado.

**TENTATIVA:** É admitida.



## PENA DE MULTA

Está prevista **cumulativamente** com a pena privativa de liberdade **em todos os crimes da Lei 8666/1993** (Arts. 89-98).





## FORMAÇÃO DE QUADRILHA



## FORMAÇÃO DE QUADRILHA

### **Quadrilha ou bando**

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

**Pena** - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

## ASPECTUAIS PROCESSUAIS GENERALIDADES

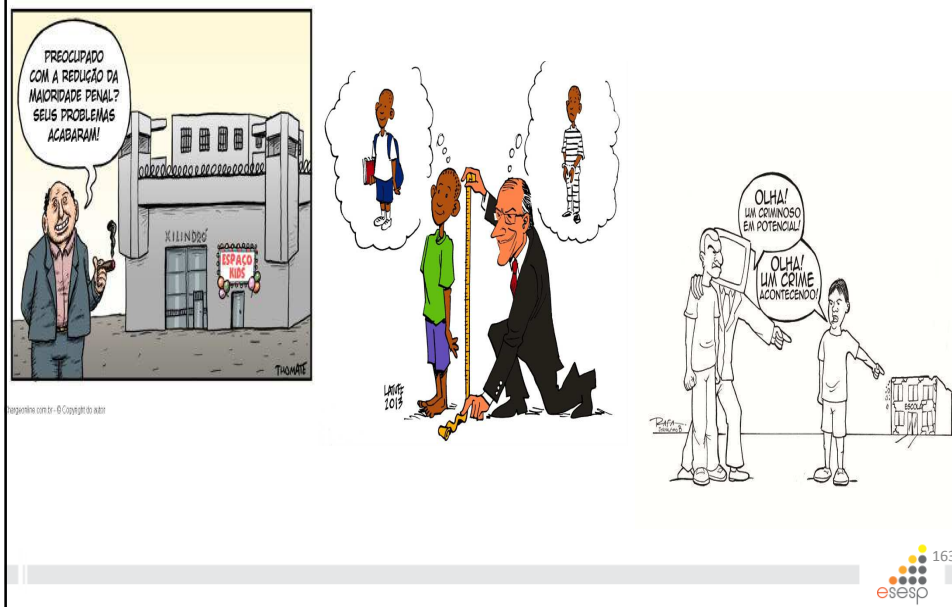
- **MARCO LEGAL: ART. 100 DA L. 8666/93 E SS.**
- **TIPO DE AÇÃO: PÚBLICA INCONDICIONADA**
- **CABIMENTO DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA – CAUSA: DESÍDIA DO MP.**
- **ART. 101. QUALQUER PESSOA PODERÁ PROVOCAR A INICIATIVA DO MP**



## PROCEDIMENTO ESPECIAL



### REFLETINDO: ASPECTOS PENAIS



# OBRIGADO!

Prof. Rodrigo Araujo  
rodrigo\_araujo@hotmail.com

## SOLUÇÕES EDUCACIONAIS



Presenciais



A Distância



Customizadas



Lato e Stricto  
Sensu

 **FaceEsesp**  
**[esesp.es.gov.br](http://esesp.es.gov.br)**

