

O ESPAÇO JURÍDICO-CRIMINAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JR.

1. Introdução — 2. Dispositivos pertinentes — 3. Nomem iuris — 4. Bem ou interesse jurídico protegido — 5. Tipo objetivo; 5.1 O espaço jurídico-penal dos Tribunais de Contas; 5.2 Crime de Dano ou de Perigo, Material ou Formal; 5.3 Crime instantâneo ou permanente; 5.4 Crime comissivo ou omissivo; 5.5 Tentativa — 6. Tipo subjetivo, modalidade culposa — 7. Sujeito ativo da relação criminal — 8. Sujeito passivo da relação criminal — 9. Penas

1. Introdução

A lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a nova Lei de Licitações e Con-

1. João Marcello de Araujo Junior: Professor Titular de Direito Penal da UERJ, de Criminologia da FBCJ, Professor Convidado das Universidades de Pau et des Pays de l'Adour (1994), Católica de Santiago (1993), de Castilla-La Mancha (1992), de Salamanca (1992), Católica de Montevidéu (1991), Inca Garcilaso de la Vega (1990), de Gdansk (1989), do País Basco (1988), Complutense de Madrid (1987); Professor dos Cursos de Mestrado das Universidades do Estado do Rio de Janeiro, Federal do Rio de Janeiro e Estadual de Maringá; Vice-Presidente do VIII Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Havana, 1990); Secretário-Geral Adjunto para a América Latina da Association Internationale de Droit Pénal (Paris); Diretor do Istituto Superiore Internazionale Scienze Criminali (Siracusa); Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Law Studies (Miami); Diretor do Centro Internazionale Ricerche Giuridiche Iniziative Scientifiche (Milão); Doutor Honoris Causa da Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima), membro do Conselho Consultivo do Instituto Latino Americano das Nações Uni-

tratos da Administração Pública, com a redação que lhe deu o art. 3.º da Lei 8.883, de 08 de julho de 1994, na Seção III de seu Capítulo IV, que trata das “sanções administrativas e da tutela judicial”, definiu crimes e cominou penas.

Neste estudo, será examinado o tipo definido no art. 89 da mencionada lei, que, assim, estabelece:

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

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

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

das para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente — ILANUD (San José); Procurador de Justiça junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; membro da Comissão de Reforma do Código Penal Brasileiro (1993/1994); ex-Secretário de Estado de Justiça (1990).

A simples leitura do texto transcrito evidencia a fragilidade das normas nele contidas, em consequência da imperfeição técnica com que foram construídas.

Não seria muito difícil fazer a crítica da Lei 8.666/93. Mostrar as suas incoerências. Deixar de manifesto suas lacunas e imperfeições. Este, entretanto, não é o objetivo do presente trabalho. Ao contrário, ele pretende tentar fazer aquilo que é o objeto da dogmática, reconstruir a norma, organizando-a dentro de um sistema lógico e, se possível, eficaz. A crítica ficará para outra oportunidade.

Segundo orientação, há muitos anos, traçada por um Mestre, Roberto Lyra² a seguir, serão analisados os seguintes aspectos da aludida infração penal: a) dispositivos pertinentes; b) *nomen iuris*; c) bem ou interesse jurídico protegido; d) tipo objetivo; crime de dano ou perigo, crime formal ou material; crime instantâneo ou permanente; crime comissivo ou omissivo; tentativa; e) tipo subjetivo; modalidade culposa; f) sujeito ativo da relação criminal; g) sujeito passivo da relação criminal; h) penas.

2. Dispositivos Pertinentes

Diversas normas constantes da Lei 8.666/93 estão relacionadas diretamente com o crime em exame.

Assim, “os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar” (art. 82). Trata-se de preceito legal supérfluo, que, em matéria de nada, diz tudo, pois o que nele se contém, nada mais é, senão, a repetição do princípio geral da respon-

sabilidade e da independência entre a responsabilidade penal, administrativa e civil.

Já no art. 83, inova, ao estabelecer que “os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo”.

A norma em exame comporta dupla interpretação em razão de seus defeitos de redação. Será possível admitir-se que a perda de cargo, emprego, função ou mandato eletivo seja uma consequência puramente de caráter administrativo e não criminal. Admissível será entender-se, também, e ao contrário, que tal consequência tenha natureza penal.

A segunda opção, ajusta-se melhor à lógica global do texto, que é nitidamente uma norma de conteúdo penal. Em sendo assim, são necessários alguns comentários.

Em primeiro lugar, o legislador, aparentemente, teria feito renascer a figura da pena acessória, ao estabelecer para os servidores públicos, “além das sanções penais”, a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Esta, entretanto, não parece ser a melhor interpretação, pois considerando o comando insculpido no art. 12 do Código Penal, as regras gerais do código “aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Ocorre que, a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro abandonou o critério da anterior, qual seja, o de dividir as penas em principais e acessórias. Hoje, o magistério punitivo brasileiro prevê, apenas, as antigas penas principais, porém, sem tal denominação. Aquilo que, outrora, compunha o rol das penas acessórias, passou a ser tratado no Capítulo dos “efeitos da condenação”, mediante regras próprias, dentre as quais se destaca aquela constante do parágrafo único, do art. 92,

2. Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1964.

segundo a qual, "os efeitos de que trata este art. não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença". A declaração e a motivação na sentença adquiriram relevância especial.

Assim, o comando do art. 83 da nova Lei de Licitações deve ser interpretado segundo os critérios do Código Penal, salvo quanto à quantidade da pena privativa de liberdade aplicada. Em outras palavras.

O art. 92 do Código Penal estabelece em seu n.º I, que será efeito da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a 4 (quatro) anos. Esta norma é, praticamente, a mesma, da contida no art. 83 da Lei de Licitações e Contratos, salvo no que se refere à necessidade, exigida pelo Código, de que, para que tal efeito seja declarado na sentença, a pena efetivamente imposta seja superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade.

Diante disso, nos crimes definidos na Lei de Licitações o efeito da condenação para ser reconhecido em determinado caso concreto, deverá ser declarado pelo juiz na sentença, seja qual for a quantidade de pena a que o funcionário público venha a ser condenado, seja em razão da prática de um crime consumado, seja na hipótese de mera tentativa.

O art. 84 da Lei de Licitações e Contratos, dá o conceito de funcionário público para os fins da Lei 8.666/93. Tal norma é, também, dispensável, uma vez que o Código Penal, em seu art. 327, de maneira mais precisa, dá o conceito de funcionário público para fins penais e não, apenas, para alguns efeitos. O legislador de 1993, parece ter pretendido ir além daquilo que se contém no art. 327 do CP, mas findou por

estabelecer confusão conceitual quando, em vez de continuar falando em funcionário público, como o faz o Código, empregou a expressão "servidor público". Em verdade, com a pretendida ampliação do conceito de funcionário público, constante do art. 84, a Lei nada mais fez senão, estratificar em seu texto, a dimensão que a doutrina e a jurisprudência, deste há muito, dão ao art. 327 do Código Penal, inclusive quanto à, agora, expressa, equiparação a servidor público, do empregado de sociedade de economia mista.³

Seja como for, como o conceito contido no art. 84 se refere, exclusivamente, aos fins da Lei de Licitações e Contratos, somente serão considerados servidores públicos aqueles que exerçam cargo, função ou emprego, ainda que transitoriamente e sem remuneração, vinculados a entidades que estejam sujeitas ao processo licitatório. Esta, segundo o estatuído no parágrafo único do art. 1º, são, "além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

Por seu turno, as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 24 e as de inexigibilidade, no art. 25 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3. Nomen Iuris

A estrutura da Lei 8.666/93 é diferente daquela adotada pelo Código Penal. Este, como se sabe, possui duas Partes, cada uma delas dividida em Títulos, os Títulos em Capítulos, os Capítulos em

3. Alberto Silva Franco e outros: Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, RT, 4ª ed., 1993, p. 1.675 e ss.

Seções, as Seções em arts., os arts. em parágrafos, os parágrafos em números e os números em letras. Os Títulos, Capítulos e Seções possuem epígrafes e os arts. e parágrafos são precedidos por ementas, rubricas, ou cotas marginais.

As epígrafes expressam os bens ou interesses jurídicos protegidos e as ementas, rubricas ou cotas marginais contêm o *nomen iuris*.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos está dividida em Capítulos e Seções apenas, e os arts. não possuem ementas. Por esse último motivo não foram atribuídos *nomina iuris* aos delitos nela definidos.

Para dar nome a um delito o legislador deve buscar, fundamentalmente, sintetizar na ementa o conteúdo da ação, expressa através do verbo do crime. No injusto típico em exame, o núcleo do tipo está na ação de dispensar ou inexigir licitação. Entretanto, esses verbos estão intimamente ligados a um elemento normativo do tipo, qual seja, atuar "fora das hipóteses prevista em lei" e a algo que não está explícito na definição legal, isto é, a contratação com a Administração. Diante dessa impregnação normativa, o *nomen iuris* de tal crime poderia ser: "dispensa ou inexigibilidade ilegal".

4. Bem ou Interesse Jurídico Protegido⁴

O art. 3.º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece

4. O fundamento científico da teoria do bem jurídico ainda não está definitivamente estabelecido: Claus Roxin: L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi; in AA.VV. Metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice Penale, 1981, p. 34. No mesmo sentido, Giovanni Fiandaca: Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale; in Alfonso M. Stile (a cura): Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale, Jovene Editore,

que: "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatados." Em suma, o processo licitatório interessa tanto à Administração, quanto aos particulares que com ela desejam contratar, predominando, entretanto, o interesse da Administração.

A Administração Pública tem interesse em selecionar a melhor proposta, que lhe proporcione a necessária economicidade relativamente às obras, serviços, compras, alienações e locações que contratar e em garantir a igualdade entre os concorrentes.

É esse interesse da Administração, que o legislador pretendeu proteger através da criminalização da conduta descrita no tipo constante do art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Trata-se, portanto, de um crime contra a Administração Pública praticado por quem está a seu serviço, o servidor público.

Quando da publicação da lei em tela, pretendeu-se ver nos crimes nela definidos, verdadeiros crimes contra a ordem econômica, na suposição de que os aspectos preponderantes de tais crimes

Napoli, 1985, p. 7. Para Giorgio Marinucci: Relazione di Sintesi, do Seminário "O Bem Jurídico e a reforma da Parte Especial", organizado pelo Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, em Siracusa, de 14 a 18 de outubro de 1981, o bem jurídico é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva.

seriam aqueles relativos aos interesses econômicos dos particulares que contratam com a Administração.

Tal parece não ocorrer, pois prevalece no injusto típico o interesse da Administração. Além disso, para que tal crime ofendesse a ordem econômica seria necessário que o bem jurídico tivesse caráter supra-individual, o que também não acontece,⁵ pois o interesse imediato da Administração é um bem jurídico individual e não supra-individual.

5. Tipo Objetivo⁶

O tipo do art. 89 possui conteúdo variado. O tipo objetivo, em sua primeira forma, caracteriza-se pela ação de dispensar licitação, fora das hipóteses

5. Nos atuais Estados Democráticos de Direito, os bens jurídicos a serem selecionados não se limitam mais aos "naturais" e ao patrimônio individual. Hoje a inserção social do homem é muito mais ampla do que outrora, abrangendo outras facetas da vida, tais como o direito a um ambiente sadio, a equilibradas relações de consumo, a um humano ordenamento urbano, a uma eficiente e justa ordem econômica. Esses novos bens jurídicos não dizem respeito direta e exclusivamente a um indivíduo ou a um grupo deles, mas sim a todos genericamente e indistintamente. Daí serem denominados bens jurídicos supra-individuais (João Marcello de Araujo Junior: *Los Grandes Movimientos Actuales de Política Criminal — aspectos*; in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1.439, Madrid, 1986, p. 12). No mesmo sentido, Juan Bustos Ramirez: *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, in *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 1, Lima, 1993, p. 65.

6. A palavra *tipo*, da forma latina *typus*, é originária do grego, onde, a despeito de outras acepções, significava exemplo, modelo e daí, valorativamente, protótipo ou arquétipo. Sobre os diversos significados da palavra *tipo*, v. Misabel de Abreu Machado Derzi: *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, São Paulo, RT, 1988, p. 21 e ss.

previstas em lei. A segunda forma prevista materializa-se na ação de reconhecer inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses previstas em lei. Finalmente, o crime poderá ser cometido ainda, pela ação de deixar de observar formalidade essencial pertinente ao processo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. Em todas as hipóteses há o fim de beneficiar alguém, outorgando-lhe um contrato com a Administração. A Lei não alude a essa especial finalidade de agir, mas ela existe, tanto assim, que o parágrafo único lhe faz expressa referência.

No parágrafo único está prevista a seguinte hipótese: contratar com a Administração, beneficiando-se de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a qual, comprovadamente, concorreu. Aqui o crime é do particular contra a Administração.

Na primeira modalidade, o funcionário público declara a dispensa a licitação, quando deveria, por força das normas legais, ordenar a realização do processo licitatório. Na segunda, reconhece a existência de alguma daquelas situações que tornam inexigível a licitação, quando, ao contrário, deveria, também, promover a licitação. A terceira modalidade prevista no tipo, refere-se a qualquer outra atividade que importe em violação das regras relativas à dispensa ou à inexigibilidade. Aqui a dispensa ou a inexigibilidade pode ser lícita, porém, o funcionário deixa de atender a alguma formalidade essencial exigida pela lei.

Trata-se de um "delito obstáculo", pois na realidade o que a Lei deseja é punir a celebração de contratos administrativos com violação da regra da isonomia e da seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, verificada esta mediante os princípios básicos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade

administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

O crime, ora em exame, alcança o funcionário público que, contrariando as normas legais, pratica o ato administrativo que importe em autorizar dispensa de licitação ou em declará-la inexigível. Ocorrerá o delito, por exemplo, quando for declarada situação de emergência inexistente, ou reconhecida a notória especialização de contratante que não possuía tal qualidade.

No crime definido no parágrafo único, o particular contrata com a Administração beneficiando-se de uma dispensa ou inexigibilidade ilegal, para a qual concorreu. Para a caracterização do crime será indispensável que o contratante beneficiário, de alguma forma, material ou psicológica, concorra efetivamente para que o funcionário tenha declarado ou reconhecido, ilegalmente, a dispensa ou a inexigibilidade. Existirá concurso de crimes, quando a concorrência do contratante para a ilegalidade caracterize outro delito.

5.1 O Espaço Jurídico-Penal dos Tribunais de Contas

A norma referida, na sua aplicação prática, apresentará extremas dificuldades, uma vez que está incrustada no campo da interpretação legislativa e no do ajustamento do fato à norma, ou seja, em terreno quase exclusivamente subjetivo, no qual as interpretações podem variar.

Tal fato, cumulado à função preventiva e controladora dos Tribunais de Contas irá gerar o que denomino “espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas”.

A punibilidade do crime em tela não irá depender, exclusivamente da conduta física do agente da Administração, mas, também, da solução que vier a ser dada, caso a caso, pelo Tribunal ao efetuar o controle externo dos atos de dispensa e inexigibilidade.

A Constituição Federal, em seu art. 70, estabeleceu que a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.” Complementando a norma transcrita, o art. 71 da Constituição estatui: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União...” Por último, o art. 75 de Lei Maior dispõe que “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados...”

Para os fins da Constituição, a Lei 8.666/93, em seu art. 113, determinou que: “O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar n.º 63/90, Lei Orgânica do Tribunal de Contas, expressamente, em seu art. 3.º, n.º XX, determina: “Compete, também, ao Tribunal de Contas: ... verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, como disposto em ato próprio do Tribunal.”

Atendendo a esse último comando legal, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, à luz da nova lei de Licitações e Contratos Administrativos,

baixou “ato próprio”, a Deliberação no 174, de 29 de julho de 1993, na qual, em seu art. 1º, no 2, impõe o seguinte: “Para os fins do disposto na Lei Federal 8.666/93, art. 113, § 2.º, os órgãos dos Poderes do Estado e dos Municípios e seus órgãos da Administração indireta, compreendendo fundos, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado e pelos Municípios, encaminharão ao Tribunal de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias: ... II — do prazo fixado para publicação (Lei Federal 8.666/93, art. 26), cópia dos atos de dispensa ou de reconhecimento da inexigibilidade de licitação, devidamente fundamentados e com justificativa pormenorizada, acompanhada da respectiva publicação, de valores superiores aos limites fixados no art. 2.º, § 1.º desta deliberação.”

Os atos administrativos de dispensa e inexigibilidade de licitação estão, portanto, sujeitos ao controle externo, preventivo, do Tribunal de Contas. Pelos prazos estabelecidos na Resolução 174/93, os atos de dispensa e de inexigibilidade devem ser, conhecidos, corrigidos ou declarados anuláveis pelo Tribunal de Contas antes, da celebração dos contratos deles decorrentes (fato que na prática nem sempre ocorre).

A existência de tal controle externo não importa em dizer que o ato administrativo de dispensa ou de inexigibilidade seja composto ou complexo, uma vez que estamos diante de vontades administrativas diversas: de um lado a vontade executiva da Administração, formadora do ato de dispensa e de inexigibilidade, e de outro, a vontade controladora do Tribunal. Esta não integra o ato nem lhe dá eficácia, pois este estará pronto e acabado no momento em que o funcionário declara a dispensa ou a inexigibilidade e, ganhará

eficácia, com ratificação por parte do superior hierárquico.

Entretanto, isso não bastará para que a conduta funcional seja punível, pois como se sabe, milita em favor da Administração a presunção de legalidade de seus atos. Assim, para que a conduta funcional seja punível, é indispensável a inversão dessa presunção. Tal acontecerá no momento em que o Tribunal de Contas, através do exercício do seu poder de controle declarar a ilegalidade do ato. Até que tal declaração ocorra, o ato da Administração é presumidamente legal.

Diante disso, a decisão do Tribunal funcionará como verdadeira condição objetiva de punibilidade, não escrita e supralegal, mas indispensável à punibilidade. O mesmo ocorrerá se a ilegalidade for declarada pelos órgãos de controle interno ou, diretamente, pelo Poder Judiciário. Em qualquer situação, a punibilidade estará condicionada à existência de um ato que rompa a presunção de legalidade dos atos administrativos.

O Tribunal de Contas ao examinar os procedimentos de inexigibilidade e dispensa de licitação irá declarar em seu acórdão, se a conduta do administrador violou ou não as hipóteses previstas na lei. Somente a partir da decisão do Tribunal, efetuando o controle externo dos atos da administração, será possível o reconhecimento da ocorrência do tipo objetivo do crime. Antes, o administrador estará sempre coberto pela presunção de legalidade e legitimidade, que envolve os atos administrativos.

Assim, a decisão do Tribunal que analisar as hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação funcionará, como já ficou dito, como verdadeira condição objetiva de punibilidade⁷

7. Sobre a natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade v. Hans-Heinrich

extralegal, em relação a tal crime. Somente a partir dela o delito será punível e o Ministério Público legitimado para atuar contra o seu autor.

Além disso, a decisão do Tribunal de Contas conterà os elementos que permitirão saber se a violação à lei foi ou não grosseira, se o dolo é ou não manifesto, se houve ou não grave lesão ao interesse jurídico protegido.

Fica assim caracterizado, o “espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas”. Uma função nova que possui importantes conseqüências na esfera da ordem jurídico-penal.

5.2 Crime de Dano ou de Perigo, Material ou Formal

A hipótese em exame é de um crime material e de dano e não de crime de perigo abstrato,⁸ embora se trate de um delito obstáculo. O dano está na violação ao interesse da Administração em cumprir a regra da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa. Tal violação ocorre quando uma licitação deixa de ser realizada por ser considerada, ilegalmente, dispensável ou inexigível. Este é um resultado material e externo à conduta do autor.

Jescheck: Tratado de Derecho Penal, parte general, vol. II, Barcelona, Bosch, 1981, p. 763. Também, Eugenio Raúl Zaffaroni: Manual de Derecho Penal, parte general, Buenos Aires, 1986, p. 645, embora negue a existência das condições objetivas de punibilidade, por entender que elas violam o dogma da culpabilidade. Por isso, prefere considerá-las, umas, como elementos do tipo objetivo e outras, como “condições processuais de operatividade da coerção penal”. A prevalecer este último entendimento de Zaffaroni, a situação do art. 89 da Lei de Licitações identificar-se-ia como uma dessas “condições processuais de operatividade da coerção penal”.

8. Em sentido contrário, Vicente Greco Filho: Dos Crimes da Lei de Licitações, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 11.

No crime em exame existe um dano *sui generis*. Este é causado ao próprio interesse de regularidade, transparência e licitude da atividade administrativa e não ao interesse patrimonial da Administração.⁹ Sem dúvida existe uma forte aparência de crime de perigo abstrato, vinculado à idéia de que, com ele se estaria prevenindo a ocorrência de um contrato economicamente prejudicial à Administração, que seria o resultado final da conduta criminosa. Entretanto, o contrato desvantajoso para a Administração será, apenas, exaurimento do crime em questão. O dano é lesão ao interesse supra-referido.

5.3 Crime Instantâneo ou Permanente

Trata-se de crime instantâneo, que se consuma no momento em que o ato de declaração da dispensa ou o de reconhecimento da inexigibilidade é firmado, embora deva, ainda, ser ratificado pela autoridade superior e publicado (art. 26).

Os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação participam da natureza dos chamados atos administrativos compostos, ou seja, daqueles que para sua perfeição exigem a conjugação homogênea de duas ou mais vontades. No caso, a do servidor público que declara a dispensa ou reconhece a inexigibilidade e a da autoridade superior que a ratifica e manda publicar o ato. O crime consuma-se com a manifestação da primeira vontade, que é a formadora do ato. A segunda vontade, dá ao ato, apenas, eficácia.

9. Sobre o tema do dano *sui generis*, veja-se: João Marcello de Araujo Junior; Crimes contra a Ordem Econômica, São Paulo, RT, 1995. Também, Damásio E. de Jesus: Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo; in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n.º 4, outubro-dezembro, 1993, São Paulo, RT, p. 81.

Trata-se de crime instantâneo, com efeitos permanentes.

Na modalidade criminosa prevista no parágrafo único do art. 89, o crime é também instantâneo, porém, sua consumação ocorre com a lavratura do contrato conseqüente da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para a qual o autor concorreu.

5.4 Crime Comissivo ou Omissivo

Nas duas primeiras situações previstas no *caput* do art. 89, o crime é comissivo, pois o autor pratica uma ação que a lei não queria que ele praticasse. O mesmo acontece, na modalidade definida no parágrafo único. Entretanto, na terceira situação constante da cabeça do art., o crime é omissivo, uma vez que o autor deixa de fazer alguma coisa que a lei lhe determinava fazer. Há violação de um dever de agir contido implicitamente na norma incriminadora.¹⁰

Assim, por exemplo, na hipótese de o funcionário que declarou a dispensa ou reconheceu a inexigibilidade deixar de submeter o ato à homologação do superior hierárquico, estará ele deixando de fazer alguma coisa que a lei lhe exigia fazer, ou seja, dar cumprimento a uma formalidade essencial.

5.5 Tentativa

Salvo no que se refere à modalidade omissiva, omissão pura, na qual a tentativa não é admissível, o momento consumativo das demais hipóteses criminosas previstas no tipo do crime é fraccionável no tempo, logo, a tentativa é teoricamente possível. Do ponto de vista prático, salvo no que se refere à situação prevista no parágrafo único, entretanto, será muito difícil a caracterização da tentativa.

10. Damásio E. de Jesus: Direito Penal, 1.º vol. Parte geral, São Paulo, Saraiva, 15.ª ed., 1991, p. 209.

6. Tipo Subjetivo, Modalidade Culposa

Do ponto de vista subjetivo o crime em exame caracteriza-se pela vontade dirigida ao resultado de violação da regra da isonomia e da apuração de proposta mais vantajosa para a Administração, através da declaração ilegal de dispensa ou de inexigibilidade.

O dolo é portanto genérico. Embora toda a conduta do agente seja praticada tendo em vista a celebração de um contrato que beneficie determinado indivíduo, a lei, no *caput* do art., não fez referência a tal circunstância. Em conseqüência disso, não há como se falar em dolo específico. Nesse ponto a lei foi sábia ao abandonar um velho costume das legislações latinas.¹¹ Realmente as legislações latinas, tradicionalmente, têm o costume de recorrer aos elementos subjetivos, gerando com isso sérias dificuldades práticas no campo da prova. No caso em tela, o legislador assim não desejou, se limitando a punir o comportamento objetivo de declarar a dispensa ou de reconhecer a inexigibilidade de licitação, ao qual ligou a vontade do autor.

Não há previsão de modalidade culposa.

7. Sujeito Ativo da Relação Criminal

Nas modalidades previstas no *caput* do art. 89, há um crime do funcionário público. Especificamente, daquele que declara ou reconhece a dispensa ou a inexigibilidade. O sujeito ativo poderá agir isoladamente ou em concurso com outros servidores públicos. Convém destacar que a participação do particular que objetiva contratar com a Administração, beneficiando-se da dispensa ile-

11. Klaus Tiedemann: Crimes contra a ordem sócio-econômica, in conclusões do XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, AIDP, 1994.

gal, caracterizará delito autônomo, previsto no parágrafo único, podendo, como já ficou dito, ocorrer concurso de crimes.

Questão interessante, que certamente despertará inúmeros problemas, será a de saber-se se a autoridade superior que ratifica a dispensa ou inexigibilidade ilegal participa ou não do crime. O assunto não foge à teoria da participação.

Caso exista prévio ajuste entre o funcionário e o superior hierárquico, não há dúvida quanto à co-participação, entretanto, se o dolo do superior for posterior à formação do ato, o superior estará cometendo um outro crime, pois não há participação após a consumação do crime. Trata-se daquilo que a doutrina denomina *participação post factum*.¹²

12. Jair Leonardo Lopes: Curso de Direito Penal; São Paulo, RT, 1993, p. 171.

8. Sujeito Passivo da Relação Criminal

Sujeito passivo de um crime é o titular do bem ou interesse jurídico protegido. Assim, sujeito passivo será a Administração Pública.

9. Penas

A pena cominada ao crime do art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos é de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, que é mais leve que a prevista para o crime de corrupção passiva.

Convém relembrar aqui o que ficou dito com relação à norma pertinente constante do art. 83, caso se entenda que tal matéria tenha caráter penal e não puramente administrativo.