

LEI 14.133/2021: PERSPECTIVAS ACERCA DA OFENSIVIDADE NO CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL

Pedro Dutra Bolfoni¹
Fábio Freitas Dias²

Sumário: Considerações iniciais; 1. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico; 1.1 Noções sobre bem jurídico; 1.2 Noções sobre ofensividade; 2. O processo licitatório como dever e garantia constitucional 2.1 Conceito e características da licitação; 2.2 Exceções ao dever de licitar; 3. Análise do delito de contratação direta ilegal; 3.1 Aspectos gerais do delito à luz da Lei n. 14.133/2021; 3.2 Análise material do delito de contratação direta ilegal; Considerações finais; Referências.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 propôs alterações substanciais na tutela à licitação e aos crimes licitatórios. Em vista disso, o crime de contratação direta ilegal foi introduzido no Código Penal Brasileiro, fomentando o questionamento se deve tal ilícito penal ser classificado como crime de dano. O objetivo do estudo foi identificar como se classifica o crime de contratação direta ilegal em seu aspecto material e, especificamente, caracterizar o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico visando analisar tal ilícito, o definir e traçar seus aspectos gerais de acordo com a legislação vigente, almejando, por fim, classifica-lo quando à ofensividade. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, adotando como premissa a Constituição Federal bem como legislações específicas e correntes doutrinárias, empregando o método de procedimento monográfico. Verificou-se que tal delito tutela, segundo a teoria do bem jurídico e os critérios de ofensividade, o erário. Portanto, somente ocorre sua tipicidade material com a ocorrência de dano a este bem jurídico protegido.

Palavras-chave: Crime; Licitação; Contratação Direta; Ofensividade; Constituição Federal.

Abstract: Law no. 14.133/2021 proposed substantial changes in the protection of bidding and bidding crimes. In view of this, the crime of illegal direct contracting was introduced in the Brazilian Penal Code, promoting the questioning of whether such criminal offense should be classified as a crime of harm. The objective of the study was to identify how the crime of illegal direct contracting is classified in its material aspect and, specifically, to characterize the model of crime as an offense to the protected legal interest in order to analyze such an offense, define it and describe its general aspects in accordance with the legislation current, aiming, finally, to classify it in relation to offensiveness. The method of deductive approach was used, adopting the Federal Constitution as a premise, as well as specific legislation and current doctrine, using the method of monographic procedure. It was found that such offense protects, according to the theory of protected legal interest and harm principle, the treasury. Therefore, its material typicality only occurs with the occurrence of damage to this protected legal interest.

¹ Autor. Graduando do 9º semestre do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). E-mail: pedrodutraboltoni@gmail.com

² Orientador. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1995) e Mestrado em Direito pela Universidade de Coimbra (2007). Atualmente docente da Universidade Franciscana (UFN) e advogado (Freitas Dias Advocacia Especializada). Na advocacia, tem experiência na área de Direito Civil e Direito Penal. Na docência tem experiência em Política Criminal, Direito Penal e Processo Penal. No campo da pesquisa, tem se dedicado aos temas da legitimidade do direito penal, critérios de legitimidade, bem jurídico, ilicitude, ofensividade, conceito de desvalor de resultado e de conduta e conceito de dano, perigo concreto e perigo abstrato. E-mail: fabiofd33@yahoo.com.br.

Keywords: Crime; Bidding; Direct Contracting; Harm Principle; Federal Constitution.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A nova Lei n. 14.133/2021 introduziu no ordenamento jurídico pátrio nova abordagem acerca das licitações e contratos administrativos. Admitindo-se que o procedimento licitatório é o meio pelo qual ocorrem as contratações na Administração Pública e que, visando exercer as atividades a ela inerentes se faz necessário o fornecimento de bens ou serviços por terceiros, o contrato deve ser pactuado sob a égide dos ditames constitucionais. Contudo, a legislação estabelece exceções à obrigatoriedade do certame, autorizando possibilidades de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade na licitação.

Nesse ínterim, o não atendimento das condições especificadas em lei para a contratação dá ensejo ao crime de contratação direta ilegal, introduzido no artigo 337-E do Código Penal e objeto do presente estudo. Nesse viés, é inegável que para observar um direito penal legítimo em um Estado Democrático faz-se necessário analisar a tipificação penal a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Assim sendo, a temática da ofensividade no que diz respeito à conduta da contratação direta ilegal há muito diverge na jurisprudência e doutrina nacional, razão pela qual a edição de nova lei com novas tipificações reacende a discussão sob um olhar de um direito penal legítimo, orientando não somente a atividade legiferante como também a aplicação concreta da norma penal em virtude do potencial crítico do bem jurídico. À vista disso, o presente estudo tem o seguinte problema de pesquisa: deve o crime de contratação direta ilegal ser classificado como crime de dano?

De modo a melhor estruturar o presente estudo, observando uma metodologia dedutiva e monográfica, este é dividido de forma a primeiramente analisar o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, eis que pressuposto para a correta compreensão da temática, para então definir a licitação como dever e garantia constitucional e a partir daí estudar o delito de contratação direta ilegal em seus aspectos gerais e materiais para, por fim, responder se sob a perspectiva da ofensividade deve o delito em comento ser classificado como crime de dano.

Por conseguinte, a análise a respeito da classificação do delito no que tange a ofensividade é relevante ao conhecimento científico, visto tratar-se de tema contemporâneo e adequado às linhas de pesquisa do Curso de Direito da Universidade Franciscana, incluindo-se em questões da teoria jurídica e cidadania, amparando o presente trabalho a partir de uma visão crítica e vinculando-se diretamente à permanência do Estado Democrático de Direito, bem como a efetividade do sistema jurídico.

1 O MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO

O propósito central do direito penal reside na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, sempre norteado por valores constitucionais e princípios basilares da ciência penal. Aliado a isso, somente se pode falar em uma norma penal que tutele bens jurídicos se houver aptidão da conduta descrita no tipo penal causar lesão ao bem valorado, do que decorrem as noções de ofensividade. A dupla perspectiva entre bem jurídico e ofensividade remonta ao modelo que aqui se aborda, passando, portanto, ao estudo de cada um destes elementos.

1.1 Noções sobre bem jurídico

Partindo-se do pressuposto já conhecido de que a autorização da intervenção jurídico penal deve resultar de sua função social, o direito penal consiste em promover aos cidadãos a coexistência pacífica, segura e livre quando, por seu caráter subsidiário, não for possível por outras medidas políticas e sociais. Nesse sentido, conforme leciona Fabio Roberto D'Avila, há necessidade de um conteúdo objetivo ao ilícito penal, estabelecido não a partir da simples violação do dever, mas da lesão a interesses objetivos ou, mais propriamente, da lesão ou perigo de lesão a bens protegidos jurídico-penalmente (2010, p. 199). Assim sendo, as condutas para que possam ser consideradas materialmente como crime devem reunir certas condições, o que sempre será, segundo o referido autor, o problema primeiro do direito penal, visto que desta questão depende a validade da proibição penal. Disso decorre a inevitabilidade de estabelecer um conteúdo objetivo ao ilícito penal a partir da lesão a bens jurídicos penais, concebidos em conformidade com a Constituição Federal.

Nesse sentido, como à tutela penal é transferida as atribuições necessárias para o êxito da convivência em comunidade quando isso não for atingível por meios mais brandos e observando sua tutela subsidiária, apenas se pode ameaçar com pena as lesões de bens jurídicos que não possam ser evitadas por medidas menos incisivas, não devendo haver limitação na liberdade dos cidadãos em maior medida do que a necessária para assegurar a paz e a liberdade (ROXIN, 2015, p. 34). Logo, deve haver um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil que garanta a cada um tanto a proteção necessária como também a liberdade individual possível (ROXIN, 2006, p. 17). Em decorrência disso, cabe ao Estado não somente assegurar instrumentos penais para o trato de determinadas situações incômodas à vida social, mas também promover as instituições estatais adequadas a tal fim, a exemplo de uma administração da justiça eficiente e capaz de responder as demandas propostas neste âmbito.

Portanto, a importância de observar a teoria do bem jurídico reside na relevância político-criminal, bem como parâmetros dogmáticos, identificando e apreendendo os objetos concretos e dignos da tutela penal.

Os bens jurídicos, portanto, tratam-se de circunstâncias reais dadas, sendo desnecessário que possuam realidade material. Entretanto, são partes integrantes da realidade empírica, porquanto seu desconhecimento prejudica verdadeiramente a vida social, uma vez que, sendo realidades vitais, sua diminuição prejudica de forma duradoura a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos, a exemplo da vida, propriedade e liberdade. (ROXIN, 2006, p. 18). Assim, seguindo o pensamento idealizado por Roxin, em um Estado baseado na liberdade, um conceito de bem jurídico somente pode resultar de tarefas positivadas na Constituição. Nas palavras de Figueiredo Dias, bem jurídico pode ser definido como a expressão de um interesse, de um indivíduo ou comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso (2004, p. 205). Ainda, importa salientar que segundo Roxin, os bens jurídicos não têm uma validade natural infinita e se submetem às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais (2006, p. 36).

Dentre os fatores que levaram à evolução da referida teoria, atualmente consagrou-se a perspectiva constitucional do bem jurídico, com a função de revelar quais bens ou valores merecem ser objeto da tutela penal, atuando também como limitação à atuação do legislador e o encaminhando para a instituição de uma punição legítima. É possível afirmar que há a busca na formulação de critérios aptos a orientar e limitar o legislador penal quando do reconhecimento de tipos penais a partir da Constituição vigente, pois é nesta que o legislador deve buscar bens jurídicos aptos a receber a proteção penal, observando seus fundamentos de validade e limite de intervenção do Direito Penal (KIST, 2003, p. 167).

De tal raciocínio decorre que há na Constituição as valorações criadas pelo legislador originário acerca dos bens jurídicos, restando ao legislador ordinário sua identificação e reconhecimento. É na Constituição que estão resguardados os valores fundamentais da sociedade, devendo nela serem captados os fundamentos para a conceituação de um bem jurídico penal constitucionalmente relevante, apontando que o legislador não é livre para elencar e elevar à categoria de bens jurídicos qualquer juízo de valor, pois tal função encontra-se vinculada à Carta Constitucional. Assim, por uma questão de princípio, não pode o Estado restringir liberdades constitucionais por ele mesmo reconhecidas, sem uma razão suficiente, materialmente estabelecida (D'AVILA, 2010, p. 202). Dessa maneira, deve-se observar a Constituição levando em consideração os princípios fundamentais e direitos de liberdade, que

estabelecem proibições de incriminação, ou seja, impõem a ilegitimidade de normas penais incriminadores que não os observem, encontrando o legislador ordinário um limite intransponível nesse sentido e devendo haver sempre a compatibilização e harmonia com os princípios constitucionais e bens jurídicos fundamentais reconhecidos pela Lei Maior, explícita ou implicitamente. Nas palavras de Dario José Kist, é nas Constituições que a criminalização há de captar os bens que lhe cabe tutelar, pois elas contêm os princípios últimos que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, representam a base e a estrutura jurídica da comunidade (2003, p. 170).

Entretanto, a mera conceituação de bem jurídico não é capaz de determinar com segurança o que é legítimo ou não de ser criminalizado, mas a teoria ganha força e densidade quando acrescido de pressupostos de corporização, transcendência e analogia axiológica, conforme leciona Fabio D'Avila. Em conformidade com a lição do autor, o potencial crítico da noção de bem jurídico penal passa por uma expressão fenomênica, pois somente na forma de um fragmento de realidade, e não como realidade ideal, é que o bem jurídico pode ser alcançado, de forma prejudicial, pelo fato típico, mesmo que o bem possa ser pensado na forma de um valor (D'AVILA, 2010, p. 208). Nesse sentido é que o bem jurídico deve encontrar projeção e concretização no mundo fático, assumindo uma realidade suscetível de ofensa, sendo a concretização elemento essencial para o potencial crítico no reconhecimento de bens jurídicos, sejam eles individuais ou supraindividuais, visto que estes últimos possuem um nível particular e mais elevado e complexo de abstração, sujeitos a assumir uma configuração demasiadamente generalizante e perdendo-se, por vezes, da sua concreta expressão e induzindo a uma leitura típica em termos exclusivamente formais, nos inadmissíveis termos de um ilícito de mera desobediência (D'AVILA, 2010, p. 208).

Portanto, o processo de concretização é fundamental para a manutenção do caráter crítico do bem jurídico, exigindo que tal dimensão existencial seja concretizada e individualizada ao caso fático, permitindo desta forma revelar o valor abrigado pela norma e delimitar sua incidência. Note-se que diante deste aspecto, atribuir ao bem jurídico somente um referencial para a elaboração dos tipos penais conflita com a teoria do bem jurídico, desprezando seu papel crítico em delimitar a forma da proibição penal e, em consequência, permitindo a livre vontade na atuação do legislador, conforme melhor vier a lhe convir.

Deste modo, a noção de bem jurídico alcança, pois, e finalmente, a sua completude conceitual na orientação e delimitação axiológica que hoje lhe permite, em termos normativos, o quadro de valores e axiomas constitucionais (D'AVILA, 2010, p. 211). Todavia, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos não se conclui somente na compreensão de tais bens,

havendo a necessidade da observância ao princípio da ofensividade, eis que este pressupõe o bem jurídico. Desta forma, para a correta abordagem da ofensividade como limitadora da incriminação torna-se necessária a inter-relação com o conceito de bem jurídico penal.

1.2 Noções sobre ofensividade

O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico detém em sua base principiológica o princípio da ofensividade, sendo este, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado Democrático de Direito (D'AVILA, 2009, p. 68). Nesse sentido, a ofensividade se mostra como princípio constitucional e de tal princípio decorrem as formas de ofensa, ou seja, as diferentes modalidades de lesão aos bens, seja pelo dano, seja pelo pôr em perigo. Não obstante a ofensividade reivindicar a interpretação da norma, também orienta e limita o legislador e o operador do direito, funcionando como elemento hermenêutico, eis que, para o legislador atua limitando a produção legislativa a comportamentos que ofereçam alguma modalidade de lesão ao bem jurídico, enquanto ao operador servindo como guia na aplicação concreta da norma. Portanto, para falar em modelo de crime como ofensa ao bem jurídico é necessário sempre haver relação de ofensividade entre a conduta e a tutela do tipo penal incriminador, ou seja, é necessária a correta identificação da existência de um bem jurídico penal tutelado pela norma e, concomitantemente, a aptidão que tal conduta descrita no tipo penal cause lesão a este bem jurídico. Apenas diante deste duplo aspecto é que torna-se possível falar em uma norma penal que tutele bens jurídicos.

É de se destacar que devido ao caráter fragmentário do direito penal, os bens jurídicos não devem ser protegidos em qualquer hipótese, mas somente nas condutas que se relacionem com este e que se demonstrem dignas da tutela penal, somente se justificando a intervenção estatal pela repressão penal se houver efetivo ataque a uma realidade vital que represente, no mínimo, perigo a este bem jurídico. Destaque-se que a ofensividade é consequência do respeito à intervenção mínima, validando e legitimando a norma penal incriminadora. Caso contrário fosse, se estaria diante de um vultoso desrespeito ao Estado Democrático de Direito, e sim frente a um Estado totalitário e intervencionista.

Por esse ângulo, diante da ofensa como resultado jurídico do crime e diminuição valorativa total ou parcial do bem jurídico se entende as diferentes modalidades de lesão ao bem valorado. Atendendo à classificação, nos crimes de dano a realização da conduta descrita no tipo penal incriminador resulta em uma lesão efetiva do bem jurídico. Por sua vez, os crimes de perigo se subdividem em perigo concreto ou abstrato. Nos crimes de perigo concreto, o

perigo faz parte do tipo, somente se configurando o delito se o bem foi efetivamente exposto a esse fator. Em contrapartida, nos delitos de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente o motivo da proibição, ou seja, nesses crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua periculosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite ser comprovada no caso concreto, havendo uma presunção legal de perigo (DIAS, 2004, p. 206). É de se destacar as críticas a esta última modalidade, tendo em vista possibilitar a constituição de uma tutela penal avançada e que, segundo Jorge Figueiredo Dias, põe em sério risco quer o princípio da legalidade, quer o princípio da culpa. Assim, acerca do bem jurídico e ofensividade leciona Fabio D'Avila:

A recuperação de um segundo juízo crítico de análise no âmbito da teoria do bem jurídico-penal representa, antes de qualquer coisa, o resgate do critério em sua completude lógica. De um critério que, assente na ideia de exclusiva tutela de determinadas realidades, não se pode perfectibilizar senão por uma dupla interrogação, a se projetar, simultaneamente, sobre o conceito de “realidade” submetida à tutela e sobre o de “tutela” a que se submete essa realidade. Pretender-se a construção de um critério crítico de exclusiva tutela de bens jurídicos, pressupondo possível a sua elaboração sem nada dizer acerca da própria noção de tutela penal, é esvaziá-lo em seu mais profundo sentido lógico-normativo e político-criminal – o que se torna ainda mais evidente quando, a exemplo da noção de bem jurídico, também a exigência de ofensividade renasce, em importância e força normativa, na crescente aceitação de sua recepção constitucional (2010, p. 216).

Em vista disso, para que haja a concretização do delito é necessário haver ofensa ao bem jurídico, ou seja, uma afetação negativa que resulta na sua destruição ou submissão a grave risco, em sentido valorativo. Enquanto nos crimes de dano é primordial que ocorra o resultado que resulte na efetiva lesão do bem jurídico, sobrevivendo um resultado material onde a ausência pode resultar em tentativa ou fato atípico, nos crimes de perigo o crime se consuma com a simples criação de um perigo real para o bem valorado, sem dano efetivo. Sendo concreto, deve-se provar a exposição do bem ao perigo no caso concreto, sendo abstrato o juízo de valor recai sobre a própria conduta perigosa, havendo presunção. Note-se que o dano que aqui se refere trata-se do reflexo valorativo do resultado físico, ou seja, representam graus de afetação ao bem jurídico enquanto valor normativamente protegido.

Há também, no âmbito da aplicação do princípio da ofensividade discussão doutrinária acerca da possibilidade de sua derogabilidade. Aos defensores da relatividade de tal princípio, embora reconheçam sua constitucionalidade, afirmam a possibilidade de sua não aplicação em casos excepcionais, quando houver necessidade de prevenção geral. Assim sendo, a racionalidade do princípio deveria ser moderada, havendo uma sobreposição dos interesses preventivos gerais sobre os interesses que se fundam na ofensa necessária. Como defensor de tal corrente, cita-se Mantovani. De maneira contrária há corrente que defenda a não

derrogabilidade de tal princípio, devendo este ter aplicação obrigatória independentemente da espécie normativa (VIEIRA, [2010], p. 20). Por sua vez, observando o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico é sensato se filiar à corrente da não derrogabilidade, o qual faz Fabio D'Avila e que, segundo o referido autor, ao admitir uma recepção constitucional do princípio da ofensividade, desloca-se também a sua discussão para o plano constitucional e devendo, portanto, ser sempre observada.

Pela complexidade e extensão da temática não é pretensão do presente trabalho esgotá-la, mas tão somente delimitar seus traços gerais para tornar possível a correta compreensão do crime de contratação direta ilegal a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Assim sendo, se estabelece que a identificação clara do bem jurídico não significa sua imediata legitimação, sendo necessária a observância às condutas que efetivamente o lesionem ou coloquem em perigo, visto que a ofensividade se mostra como pressuposto do bem jurídico. Nesse sentido, em um Estado Democrático, para a tipificação do delito é indispensável a existência de dano ou perigo frente a um bem jurídico penal, devendo o direito penal se ocupar de condutas mais gravosas e evitando a interferência excessiva na vida privada ou buscando punição por fatos irrelevantes, orientado por bens jurídicos que sejam reconhecidos pela concretização e delimitações axiológicas fundadas na Constituição Federal.

De forma a permitir melhor clareza e desenvolvimento da temática e visando a resolução do problema do presente trabalho, parte-se para a análise do processo licitatório como dever e garantia constitucional a fim contextualizar a aplicação do crime de contratação direta ilegal para, por fim, possibilitar seu correto estudo.

2 O PROCESSO LICITATÓRIO COMO DEVER E GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Administração Pública, por exercer atividade complexa e multifária, deve constantemente se pautar pelo legítimo interesse público. Desta forma, para atendê-lo, faz-se necessário que utilize bens ou serviços fornecidos por terceiros, vez que é inerente à sua atuação a execução de serviços públicos, prestação de serviços, fornecimento de bens, dentre incontáveis atividades. Nesse ínterim, de forma a revestir o procedimento de legalidade, pautado no interesse coletivo e princípios constitucionais é que se firma a licitação, procedimento anterior à contratação, visando permitir com que os interessados ofertem propostas de modo a ser selecionada a que se demonstre mais vantajosa à Administração. Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, não se poderia deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha de sujeitos com quem contratar, pois disso decorreria a simples

previsão de que tal liberdade daria margem a escolhas impróprias entre administradores públicos inescrupulosos e particulares, prejudicando a Administração Pública que deve gerir os interesses coletivos (2020, p. 247).

Por conseguinte, ao passo em que o processo licitatório se constitui em um dever do administrador público, este também se demonstra como garantia aos administrados, uma vez que se trata da concretização da isonomia, insculpida na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais. Portanto, mostra-se o processo licitatório como instrumento legítimo da gestão pública, dotado de probidade e impessoalidade.

2.1 Conceito e características da licitação

Visando a correta abordagem acerca do conceito licitatório, torna-se pertinente a relação entre os aspectos de seu objetivo e natureza jurídica. Desta feita, consoante lições de José dos Santos Carvalho Filho, pode-se conceituar a licitação como um procedimento administrativo vinculado pelo qual os entes da Administração Pública e os por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos interessados visando dois objetivos: a celebração do contrato e a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (2020, p. 248).

Admitindo-se que a licitação se trata de procedimento administrativo pelo qual um ente público abre aos interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de formularem propostas através das quais se selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2018, p. 462), este certame é compreendido por uma série de atos preparatórios ao objetivo fim da Administração Pública. Nesse viés, ao atrair os administrados pela forma prevista em lei, se estabelece as condições básicas para a participação no procedimento e o atendimento ao instrumento convocatório implica na aceitação das condições por parte dos interessados. Assim, no âmbito do direito administrativo a licitação é o meio pelo qual uma oferta é dirigida à coletividade para aqueles que preencherem os requisitos legais e regulamentares definidos em edital possam ser candidatos a contratar, e que a apresentação da proposta equivalerá a uma aceitação da oferta de condições impostas pela Administração, que desempenha o papel de escolha da que se apresente mais conveniente para o interesse público (DI PIETRO, 2018, p. 463)³. Outrossim, sendo um procedimento vinculado, ao administrador cabe a observação rigorosa de suas regras,

³ Sobre a conceituação de licitação há vasta doutrina nacional. Cita-se MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, além de MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

pois somente desta maneira é que se faz viável salvaguardar o direito dos interessados e a probidade na realização do certame (CARVALHO FILHO, 2020, p. 249).

A Carta Magna, em seu artigo 37, XXI⁴, estabelece a obrigatoriedade da licitação. Nesse sentido, ausente os casos dispostos legalmente, não pode o Administrador abdicar do certame licitatório para a celebração de contratos. Assim sendo, com a finalidade de preservar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ileividade do patrimônio público é que tal previsão legal institui a obrigatoriedade deste procedimento preliminar à contratação e de observância fundamental pela Administração Pública em todos os seus níveis (MORAES, 2020, p. 734). Portanto, as contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração, se demonstrando o princípio da licitação como diretriz instrumental de realização dos princípios da moralidade e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público (SILVA, 2005, p. 672).

Alguns são os princípios básicos orientadores do processo licitatório, dentre eles citam-se a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório, decorrência do artigo 37 da Constituição Federal. Destarte, não aviltando à sua essencial e norteadora função, por não ser o foco do presente trabalho, limita-se à breves considerações acerca dos mesmos. Nesse sentido, o princípio da legalidade determina a fiel observância do procedimento estabelecido, sendo possível que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento. No que tange à impessoalidade, trata-se da supressão de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, devendo todos os licitantes serem tratados com absoluta neutralidade. O princípio da igualdade implica não apenas tratar de forma isonômica todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados (MELLO, 2014, p. 546 e seg.). Por seu turno, a vinculação ao edital estabelece as regras do certame, tornando-se inalteráveis para aquele procedimento durante seu trânsito. Acaso o Administrador verificar no decurso da licitação sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas enquanto vigente o edital não poderá desviar-se de suas prescrições (MEIRELLES, 2016, p. 321).

Outrossim, considerando ser o interesse público indisponível, deve ser a licitação

⁴Art. 37, XXI, CRFB/1988. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

amplamente divulgada, possibilitando desta forma o conhecimento do certame e suas regras ao maior número de pessoas que seja possível, tornando o procedimento mais eficiente e qualificando a seleção das propostas, resguardando maior vantagem para o interesse coletivo. Por fim, visando o resguardo do legítimo interesse público e pautando a atuação do administrador, o integral atendimento aos princípios, bem como à probidade administrativa devem se manter onipresentes no processo licitatório, de modo a evitar frustrações e lesão ao erário, sob pena de dar ensejo não somente à aplicação de sanções no âmbito penal, como também cíveis e administrativas.

2.2 Exceções ao dever de licitar

Via de regra, há a imposição aos destinatários legais da obrigatoriedade de licitar realizar tal procedimento anteriormente à contratação. Contudo, a própria Constituição Federal estabelece ressalvas, como previsto no artigo 37, XXI, do diploma legal. Em vista disso, é regulamentado na vigente Lei n. 14.133/2021 situações excepcionais de contratação direta, compreendidas pelas hipóteses de dispensa e inexigibilidade no dever de licitar. Note-se que se tratam de situações excepcionais, se manifestando como relativizações ao princípio da obrigatoriedade, haja vista que sempre que houver possibilidade de concorrência sem prejuízo ao interesse público deverá haver licitação (MORAES, 2020, p. 736).

Nesse aspecto, a dispensa de licitação é caracterizada pela eventual possibilidade da realização do certame, todavia, devido à particularidade do caso, o legislador decidiu por não o tornar obrigatório (CARVALHO FILHO, 2020, p. 263). Por seu turno, a inexigibilidade ocorrerá nas hipóteses em que houver impossibilidade jurídica de competição entre os diversos contratantes, seja pela específica natureza do negócio, seja pelos objetivos visados pela Administração Pública. Assim sendo, não é possível que o legislador ordinário estabeleça arbitrariamente hipóteses de dispensa do certame, devendo haver razoabilidade e compatibilidade da dispensa com os princípios constitucionais que norteiam a necessidade de licitar, sob pena de inconstitucionalidade. Da mesma forma, existirão situação em que os interesses da Administração, e conseqüentemente o interesse público, ficarão mais bem resguardados com a não realização do certame licitatório nas hipóteses em que inexigível (MORAES, 2020, p. 737).

Nesse sentido, a dispensa e a inexigibilidade possuem seus próprios pressupostos legais: nesta, a inviabilidade de licitação; naquela, a situação prevista na lei, embora viável o certame. Portanto, a diferença central reside no pressuposto de que na dispensa, abordada no artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, existe possibilidade de competição que justifique a licitação,

de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Por seu turno, nos casos de inexigibilidade elencados no artigo 74 da referida lei não há viabilidade de competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, tornando a licitação, neste caso, inviável (DI PIETRO, 2018, p. 481).

Imperioso destacar que, igualmente entre as duas situações, em consonância ao princípio da motivação dos atos administrativos, devem tais hipóteses serem cumpridas justificadamente conforme estabelecido pela lei na particularidade do caso concreto, revestindo o ato de eficácia. Portanto, a avaliação dos casos é de responsabilidade da autoridade administrativa, assumindo esta as consequências pela má aplicação da lei (CARVALHO FILHO, 2020, p. 264). Em suma, ao estabelecer a necessidade de contratação por parte da Administração, devem ser examinados alguns aspectos, dentre eles o primeiro fator a ser examinado é se a licitação é exigível ou inexigível. Se não for o caso de inexigibilidade, deverá o administrador verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa de licitação. Se não for o caso nem de inexigibilidade nem de dispensa, se passará à licitação (JUSTEN FILHO, 2021, p. 19).

Por não ser o propósito do presente trabalho a análise pormenorizada de todas as hipóteses previstas legalmente para as exceções de licitar, limita-se à indicação das mesmas com suas respectivas previsões legais. Nesse sentido, as hipóteses de inexigibilidade estão elencadas na Lei n. 14.133/2021, Seção II, artigo 74, incisos I ao V, bem como seus parágrafos. Cumpre salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva (MELLO, 2014, p. 565). Dentre as situações previstas em tal situação está a ausência de pluralidade de competidores, circunstâncias que são inerentes ao sujeito que será contratado e a natureza do objeto. Ao seu turno, todas as hipóteses normativas expressas referentes à dispensa de licitação encontram-se positivadas na Seção III, artigo 75, dos incisos I a XVI e seus parágrafos e alíneas da referida lei.

Note-se que como exigência da legislação, seu artigo 72 traz a exigência da formalização de processo de contratação direta como requisito indispensável para tal, incumbindo neste caso ao Administrador a comprovação das duas hipóteses previstas em lei, instruindo o processo com uma série de documentos elencados no rol do referido artigo e possibilitando, desta forma, a transparência dos atos, a publicidade, além do controle dos órgãos estatais bem como de seus administrados. Destaca-se a previsão normativa prevista no artigo

73 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁵, positivando que, além do agente público responsável pode o contratado responder solidariamente pela contratação direta indevida na ocorrência de dolo, fraude ou erro grosseiro que ocasione dano ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Diante do exposto, conclui-se a breve conceituação acerca da natureza constitucional do processo licitatório, bem como seus princípios orientadores, legislação regulamentadora e excepcionalidades legais que dão suporte à temática central do presente estudo. Isso posto, de maneira preliminar ao debate central e superadas as delimitações acerca do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico assim como a contextualização em que se insere o delito de contratação direta ilegal, torna-se pertinente partir à análise acerca do ilícito penal.

3 ANÁLISE DO DELITO DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL

Devido à sanção da Lei n. 14.133, em 1º de abril de 2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos traz consigo certas alterações. Apesar de tal lei estar em vigor atualmente, somente revogará a antiga Lei n. 8.666/1993 após dois anos da publicação oficial. Disso decorre que grande parte da legislação anterior irá coexistir com a nova lei de licitações neste período. Entretanto, imperioso destacar que por força do artigo 193, inciso I da nova lei, os crimes licitatórios foram imediatamente revogados. Nesse sentido, os novos onze tipos penais licitatórios encontram-se positivados no Código Penal, integrando o Título “Dos Crimes contra a Administração Pública”, Capítulo II-B “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”. Encontrando fundamento legal no artigo 337-E do Código Penal, a letra legal tipifica: admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, estabelecendo pena de reclusão de quatro a oito anos, e multa.

Importa salientar brevemente que devido à nova lei é possível falar na ocorrência de *abolitio criminis* no que tange à antiga conduta de “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” contida no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993, eis que o novo crime apenas se refere às condutas de “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”. Nesse sentido é possível concluir pela ocorrência da *abolitio criminis* quanto a tal conduta omissiva própria e, portanto, a mera não observação às formalidades relativas a dispensa ou a inexigibilidade não configura imediatamente o crime previsto no artigo 337-E do Código Penal, eis que poder-se-ia sustentar que a responsabilização

⁵ Art. 73, Lei n. 14.133/2021. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

penal desta conduta não teria relevância frente a não haver dano ou mesmo perigo ao bem jurídico tutelado pelo erro do agente público no aspecto formal da execução do ato administrativo, uma vez que tal hipótese seria de dispensa ou inexigibilidade em que a lei excepciona o procedimento licitatório para a contratação, de maneira que a norma não estaria de toda descumprida ou afastada do caso concreto (BITENCOURT, 2012, posição 3963) e devendo ser preservado, neste caso, o papel subsidiário do direito penal assim como tal hipótese se sujeitar à esfera administrativa.

Superados os aspectos introdutórios, parte-se para a análise do delito de contratação direta ilegal.

3.1 Aspectos gerais do delito à luz da Lei n. 14.133/2021

A licitação, conforme já abordado, trata-se de regra geral à Administração Pública, assegurando a concorrência entre seus participantes e com o objetivo da obtenção da proposta mais favorável. Consoante à nova Lei n. 14.133, o processo licitatório se destina a assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação, assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes e a justa competição, evitando contratações com sobrepreço ou superfaturamento na execução dos contratos e incentivando a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Com obviedade se fala que o administrador público não pode proceder à contratação direta discricionariamente. Desta forma, mesmo diante dos permissivos legais para que o faça, deve realizar um processo de contratação direta, mantendo a lisura e transparência norteando a sua atuação. Acaso descumpridas as formalidades legais, incorrerá o agente público responsável no delito tipificado no artigo 337-E do Código Penal, qual seja, a contratação direta ilegal, respondendo pelo dano causado ao erário, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, conforme se extrai do artigo 73 da Lei n. 14.133/2021.

Inegável é que a contratação direta ilegal se trata de conduta grave que apresenta inúmeros reflexos coletivos, sobretudo à parcela da população que depende fortemente da atuação efetiva do Poder Público. Com a edição da nova lei pode-se inferir que o legislador mostrou-se atento a tais aspectos, tendo em vista que sua inclusão no Código Penal também representou uma alteração no quantitativo da pena. Justamente por trata-se de crime burocrático, com complexa apuração dos fatos, a morosidade judicial ocasionava, não poucas vezes, a extinção da punibilidade. Imperioso destacar que com a alteração, a pena de multa atribuída cumulativamente ao delito de contratação direta ilegal passou a ser regida pelo sistema

previsto no Código Penal em seu artigo 49, ou seja, atribuindo o sistema de dias-multa.

Assim sendo, do exposto decorre que tal crime se submete às regras do direito penal e processo penal, dentre as quais a progressão de regime do cumprimento da pena está condicionada à reparação do dano, ou devolução do produto do ilícito, com os acréscimos legais, consoante ao artigo 33, parágrafo quarto, do Código Penal. Dentre os efeitos extrapenais da condenação, em conformidade ao artigo 92, I, do Código Penal, estão a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, desde que motivados na sentença condenatória. Portanto, é possível que haja a decretação da perda de bens, como produto ou proveito do crime ou dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito (GRECO FILHO; GRECO; RASSI, 2021, posição VIII).

Trata-se tal delito de norma penal em branco homogênea heterovitelina, eis que possui a descrição de conduta indeterminada, dependente de um complemento, extraído de outra fonte legislativa extrapenal de igual hierarquia, para obter sentido e poder ser aplicada (NUCCI, 2014, p. 98). Tal complementação encontra-se nos artigos legais citados no título anterior deste trabalho.

Em análise núcleos do tipo penal, tem-se “admitir”, “possibilitar” e “dar causa”. “Admitir” pode ser interpretado como consentir, permitir a prática da contratação direta fora das hipóteses legais. Por sua vez, “possibilitar” pode ser compreendido como facilitar, tornar viável. “Dar causa” pode ser compreendido como motivar. Portanto, deve o agente concorrer para que haja a contratação direta de forma ilegal dentre as condutas descritas no tipo penal. Trata-se de crime de forma vinculada, pois o contrato administrativo depende das formalidades elencadas pelos parágrafos primeiro e segundo do artigo 89 da Lei n. 14.133/2021 (MASSON, 2021, posição 554). Nesse sentido, o delito se caracteriza tanto em iniciativa do agente público quando em representação ao órgão público contratante, assim como quando a contratação direta partir do particular. Ademais, é crime de ação múltipla, visto que a prática de uma ou mais condutas previstas no tipo penal caracteriza um único delito. Quanto à forma da conduta, esclarece Cleber Masson (2021, posição 574) que embora normalmente seja crime comissivo, o delito inscrito no art. 337-E do Código Penal também pode ser cometido mediante omissão, classificando-se como crime omissivo impróprio, quando o omitente tinha o dever de agir e podia agir para evitar o resultado, a exemplo em que o Prefeito que, sabendo que o Secretário de Educação está celebrando uma contratação direta ilegal, nada faz para evitar o resultado, razão pela qual o crime também deverá ser a ele imputado.

Quanto ao sujeito ativo, notadamente classifica-se como crime próprio (MASSON, 2021, posição 585), somente podendo ser cometido pelo agente público dotado de prerrogativa

de deliberar sobre exigir, dispensar ou inexigir licitação, celebrando o contrato administrativo. Ademais, é possível o concurso de pessoas. O sujeito passivo trata-se do Estado e, mediatamente, a pessoa física ou jurídica prejudicada pela contratação direta ilegal.

É de se destacar que a competência para o julgamento de tal crime é, em regra, da Justiça Estadual, sendo competente a Justiça Federal quando o delito for praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou suas autarquias e empresas públicas, conforme preconiza o artigo 109, IV da Constituição Federal.

3.2 Análise material do delito de contratação direta ilegal

De maneira a permitir a correta análise material do delito, deve-se adotar como ponto de partida a correta definição de qual é o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora para então discorrer sobre as perspectivas da ofensividade.

Nesse ínterim, parte da doutrina nacional entende que por estar o crime de contratação direta ilegal inserido no Capítulo II-B “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos” do Código Penal, o bem jurídico tutelado trata-se da Administração Pública⁶, notadamente no que se refere ao interesse público, à legalidade, à impessoalidade, à moralidade, à transparência e à publicidade que devem nortear as contratações diretas, bem como à probidade administrativa dos agentes públicos envolvidos (MASSON, 2021, posição 554). A respeito do tema, o referido autor leciona:

Em nossa opinião, não se reclama nenhuma finalidade especial (elemento subjetivo específico), consistente na vontade de causar dano ao erário ou de obter vantagem indevida, para si ou para terceiro. O tipo penal claramente não condiciona a existência a nenhum fator desta qualidade (2021, posição 606).

Mesmo entendimento mantém Vicente Greco Filho, Ana Marcia Greco e João Daniel Rassi, ao afirmarem que não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha a causar-lhe prejuízo, havendo incriminação independentemente deste (2021, posição RB-2.5).

Todavia, para a correta definição acerca da ofensividade é pressuposto a prévia identificação do bem jurídico tutelado pela norma. Assim, indicar que bens jurídicos são princípios constitucionais é utilizar a diretriz axiológica constitucional como bem jurídico em si, o que rigorosamente não é verdade. A dimensão axiológica que compõe o bem jurídico se trata de diretrizes e valores constitucionais que permitem sua correta identificação e

⁶ No mesmo sentido COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação Direta Ilegal*. In: BREDA, Juliano (coord.). *Crimes de Licitação e Contratações Públicas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 79-104.

reconhecimento, mas carecem de concretização ou individualização no caso fático, ocasionando que o bem jurídico se torne demasiadamente abstrato e prejudicando não somente seu potencial crítico como também a subsidiariedade do direito penal. Portanto, os objetos de proteção de abstração tal que resultem inapreensíveis não podem ser reconhecidos como bens jurídicos (ROXIN, 2013, p.10).

Nesse sentido, deve-se chegar à conclusão a este respeito a partir de uma interpretação sistemática da lei, bem como juntamente aos fundamentos teóricos densamente desenvolvidos pela ciência penal e observando, especificamente, o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Disso decorre que sustentar que o bem jurídico nesse delito se trata da Administração ou a probidade é desprezar elementos inerentes ao bem jurídico, a exemplo da concretização. Acerca da temática leciona D'Avila que bens como a Administração Pública e a fé pública necessitam de um processo de concretização e especificação que, passando, respectivamente pela individualização de procedimento ou provimentos jurisdicionais ou de determinados documentos destinados à prova da verdade, sejam capazes de expressas agressões típicas capazes de ofensa (2010, p. 209).

Utilizando da análise da doutrina, Greco Filho, Greco e Rassi afirmam que deve estar caracterizada a finalidade de causar prejuízo à Administração ou a de beneficiar determinado contratado, em detrimento de algum dos princípios da licitação (2021, RB-2.9). Disso decorre que a dimensão existencial do bem jurídico que se concretiza e se individualiza nas circunstâncias do caso concreto se trata, inegavelmente, do erário.

Assim sendo, abordar valores demasiadamente abstratos, como por exemplo a impessoalidade, moralidade, probidade ou até mesmo a Administração é contrariar a individualização do bem jurídico, o qual faz exigência de que seja constituído com uma fisionomia tal, idônea a render-lhe a capacidade de ser ofendido no singular caso concreto (D'AVILA, 2010, p. 209). Ainda, sob a perspectiva da teoria do bem jurídico para Figueiredo Dias (2004, p. 86), e voltado à análise do crime de contratação direta ilegal, puras violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime.

Nesse viés, imperioso destacar que adotar a probidade ou moralidade tão somente como o bem jurídico tutelado pelo crime do artigo 337-E do Código Penal faz conflitar este delito com o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992⁷ e

⁷ Art. 11, Lei n. 8.429/1992. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade [...].

não tornando clara a diferença entre os mesmos, uma vez que ao adotar tal posição ambas as condutas atentam contra os princípios da Administração Pública violando deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, conforme previsto no *caput* do artigo referido. Ademais, sustentar pela não exigência de dano ao erário para a tipificação do delito de contratação direta ilegal o confunde ainda mais com a conduta prevista no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, eis que seu novo parágrafo quarto, incluído pela Lei n. 14.230/2021, preconiza expressamente que a possibilidade de sanção no caso do ato de improbidade administrativa independe do reconhecimento da produção de dano ao erário, interpretação que se extrai da leitura sistemática das referidas legislações.

Para mais, é incontestável que o patrimônio público é protegido no crime de contratação direta ilegal, uma vez que é inerente ao processo licitatório a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, resguardando o interesse público para a correta prestação de serviços ou fornecimentos de bens que visem aos objetivos do Estado, uma vez que estes elementos integram o conjunto de bens e recursos financeiros deste, leia-se, portanto, que compõem erário. A finalidade da licitação é, em síntese, a preservação do erário, devendo a contratação direta ilegal tutelar o mesmo bem, seguindo os pressupostos do reconhecimento do bem jurídico e mantendo o caráter subsidiário do direito penal.

Nesse sentido e consoante ao exposto é que se pode concluir que o objeto de proteção da norma penal de contratação direta ilegal se trata do erário, sendo este o bem tutelado em harmonia ao modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Desta maneira, admitindo a preservação do erário como o objetivo do processo licitatório e o bem jurídico da norma penal prevista no artigo 337-E do Código Penal há obediência aos pressupostos para ser caracterizado como tal, principalmente em relação aos valores constitucionais e concretização, sendo possível complementar sua caracterização quanto à ofensividade.

Devido à ofensa ser elemento basilar no modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, esta se verifica pela ocorrência de lesão do bem protegido enquanto valor jurídico. Nesse sentido, em uma interpretação sistemática, por ser a preservação do erário o objetivo do procedimento licitatório e da norma penal em comento, há a exigência de sua aniquilação ou, no mínimo, diminuição enquanto bem jurídico para que ocorra a ilicitude penal. Em consonância está o Superior Tribunal de Justiça, que historicamente sedimentou tal

entendimento anteriormente à vigência da Lei n. 14.133/2021⁸. Diante de tal entendimento inclusive se editou a edição n. 134 do Jurisprudência em Teses do STJ, pacificando que para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, era indispensável a comprovação do dolo do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública.

Há portanto, como requisito, a produção de dano ao erário para a caracterização do delito, mesmo segundo julgados atinentes à antiga lei de licitações tendo em vista a recente alteração legislativa. Assim sendo, caso não haja diminuição na substância do bem o crime carece de desvalor de resultado jurídico, não se formando, portanto, a tipicidade material no delito. Diante disso, tal crime deve ser classificado como crime de dano. De forma a embasar tal argumentação cita-se, com efeito, a posição do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ART. 89, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/1993. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL DOS ACUSADOS PROVIDO E RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

1. Esta Corte, após inicial divergência, pacificou o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Na hipótese, após absolvição em primeiro grau, os recorrentes foram condenados pelo TRF 3ª Região como incurso nas sanções do art. 89, caput, e parágrafo único, da Lei 8.666/1993. O próprio acórdão recorrido afirmou, em total confronto com a jurisprudência deste Tribunal e do Excelso Pretório, que o delito em tela é de mera conduta, sendo desnecessária a demonstração de elemento subjetivo do tipo (dolo genérico ou específico).

3. Não havendo menção, na denúncia de intenção deliberada de causar prejuízo à Administração ou de obter favorecimento pessoal, a celebração do Termo de Permissão de Uso, a título precário, sem a devida licitação configura irregularidade formal, fato que é insuficiente para demonstrar, per si, o elemento subjetivo indispensável à configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/2003, que exige a prova do dolo específico de causar dano ao erário e a administração pública.

4. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença absolutória, prejudicado o recurso do Ministério Público que versava sobre a dosimetria da pena e pretendia a condenação de réu cuja absolvição foi mantida pelo Tribunal a quo. (REsp 1485384/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 2/10/2017).

Portanto, do exposto é possível inferir que adotar o bem jurídico como sendo o erário para o crime de contratação direta encontra-se em conformidade não somente com o modelo de

⁸ Entendimento inicialmente firmado na APn 480/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012. Seguindo o entendimento cita-se a título de exemplo: AgRg no AREsp 1630006/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020; HC 535624/PB, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 26/06/2020; AgRg no HC 580098/MA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe, 30/06/2020; HC 571508/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020 e HC 381160/SP, Rel. Ministro Rogério Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 21/02/2020.

crime como ofensa ao bem jurídico, mas também com a jurisprudência do Superior Tribunal pátrio, uma vez que a obrigatoriedade de lesão ao erário pressupõe a classificação do delito como crime de dano, nos moldes do exposto neste e no subitem 1.2 do presente trabalho, não se podendo conceber que o crime se consume com a mera probabilidade de lesão ao erário. Ademais, pela leitura e interpretação do artigo 73 da Lei n. 14.133/2021, integrante da Seção I “Do Processo de Contratação Direta”, que regulamenta o procedimento e formalidades necessárias para a contratação, é possível destacar que a responsabilização do agente somente ocorrerá pelo dano causado ao erário, reforçando a tese de que o bem jurídico protegido pela norma é o erário, havendo exigência expressa nesse sentido e por conseguinte não mais pairando obscuridade no reconhecimento do bem e classificação no que se refere à ofensividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, considerando que a inclusão da Lei n. 14.133/2021 no ordenamento jurídico nacional ocasionou mudanças significativas para a tutela das licitações, especialmente em relação aos seus crimes, o delito de contratação direta ilegal herda de seu predecessor alguns elementos importantes e reaviva a discussão sobre o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, notadamente em relação às perspectivas da ofensividade de tal ilícito penal, problema de pesquisa deste estudo.

Nesse aspecto, a definição do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico foi objetivo essencial ao desenvolvimento do trabalho, eis que as condições materiais da conduta para ser considerada digna de punição penal é o problema central desta ciência. De mesma forma, traçar os aspectos gerais sobre a licitação como dever e garantia constitucional se mostrou essencial à correta contextualização e compreensão do âmbito de incidência do crime objeto de estudo. Portanto, o método de abordagem dedutivo foi capaz de proporcionar uma cadeia de raciocínio descendente no qual partiu-se da análise geral da teoria do crime como ofensa ao bem jurídico até a solução do problema proposto, analisando os aspectos fundamentais para esse fim.

Em conclusão, é possível observar que a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, este deve ser identificado e reconhecido segundo um pressuposto axiológico voltado à Constituição Federal. Entretanto, estes valores não podem ser definido como o bem jurídico em si, mas sim orientações de modo a busca-lo segundo pressupostos de transcendência, individualização e concretização. Assim sendo, a preservação do erário se mostrou como objetivo do procedimento licitatório, indo além do simples atendimento aos princípios constitucionais. Da mesma forma, portanto, o que se busca tutelar no crime de contratação direta ilegal é o erário, uma vez que uma interpretação sistemática leva a consideração de que a preservação do patrimônio público é o objetivo fim tanto dos princípios constitucionais, quanto das leis objeto de estudo no presente trabalho. Ademais, considerar que o erário é o bem jurídico tutelado pelo artigo 337-E do Código Penal é estar em consonância à teoria do bem jurídico e seus pressupostos.

Por este aspecto, o erário enquanto valor jurídico protegido deve ser atingido por um fator que ocasione sua aniquilação ou no mínimo, sua depreciação, o que acaba por indicar que a tipicidade material do delito somente ocorre com o dano, o que classifica a ofensividade. Destaca-se que tal entendimento encontra fundamento não somente na teoria do bem jurídico e ofensividade, como também no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça do

país.

Do exposto, não é pretensão do presente trabalho esgotar a temática no que se refere à ofensividade do delito ou o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, visto que a complexa teoria e seus densos estudos são produzidos há muito pelos cientistas penais, apresentando divergências e contribuições até a atualidade. Todavia, este trabalho atingiu, com modéstia e seriedade, o esclarecimento do delito sob um olhar de um direito penal legítimo, pautado no reconhecimento do bem jurídico tutelado a partir de seus pressupostos inerentes e da ofensividade, respeitando a subsidiariedade e voltado à efetividade do ordenamento jurídico, bem como a permanência de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. ISBN 978-85-02-17497-9. Disponível em: https://www.amazon.com.br/DIREITO-PENAL-LICITA%C3%87%C3%95ES-ROBERTO-BITENCOURT-ebook/dp/B076BZ7V78/ref=sr_1_2?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&crd=1Z1VRSYWXENI&dchild=1&keywords=direito+penal+das+licita%C3%A7%C3%B5es&qid=1635877095&prefix=direito+penal+das+licita%C3%A7%C3%B5e%2Caps%2C238&sr=8-2. Acesso 01 jul. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 11 maio 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso 11 maio 2021.
- BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso 29 out. 2021.
- BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso 03 maio 2021.
- BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso 03 maio 2021.
- BRASIL. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. **Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102>. Acesso 01 out. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 134: Dos crimes da lei de licitação – Lei n. 8.666/1993. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso 20 nov. 2021
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1485384/SP**. Art. 89, caput, e parágrafo único da lei 8.666/1993. Dispensa indevida de licitação para elaboração de termo de permissão de uso. Dolo específico de causar prejuízo ao erário não demonstrado. Atipicidade da conduta. Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial dos acusados provido e recurso especial do ministério público prejudicado. Restabelecimento da sentença absolutória. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 2 out. 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505971738/recurso-especial-resp-1485384-sp-2014->

0251046-4. Acesso 01 out. 2021.

BREDA, Juliano (coord.). **Crimes de Licitação e Contratações Públicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. ISBN: 978-65-5991-955-0. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Crimes-licita%C3%A7%C3%A3o-contrata%C3%A7%C3%B5es-p%C3%ABlicas-administrativo-ebook/dp/B096VY5MQD/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=. Acesso 20 nov. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer (org). **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 198-218.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral, Tomo I: questões fundamentais a doutrina geral do crime**. Coimbra, [s.n.], 2004.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Ana Marcia; RASSI, João Daniel. **Dos crimes em licitações e contratos administrativos**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book* (Não paginado). ISBN: 978-65-5614-536-5. Disponível em: <https://www.livrariart.com.br/e-book-dos-crimes-em-licitacoes-e-contratos-administrativos/p>. Acesso 01 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Repressão Penal a Infrações em Licitações e Contratações Administrativas – Considerações Introdutórias. *In*: BREDA, Juliano (Coord.). **Crimes de Licitação e Contratações Públicas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 15-25. *E-book*. ISBN: 978-65-5991-955-0. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Crimes-licita%C3%A7%C3%A3o-contrata%C3%A7%C3%B5es-p%C3%ABlicas-administrativo-ebook/dp/B096VY5MQD/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=. Acesso 20 nov. 2021.

KIST, Dario José. Bem Jurídico-Penal: Evolução histórica, conceituação e funções. *In*: **DIREITO e Democracia**. vol. 4, n.1. Canoas, [s.n.], 2003, p. 145-179.

MASSON, Cleber. **Crimes em licitações e contratos administrativos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. *E-book*. ISBN: 978-65-596-4158-1. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Crimes-em-Licita%C3%A7%C3%B5es-Contratos-Administrativos-ebook/dp/B0968MST5Y/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=. Acesso 01 jul. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. Fundamentos Político-Criminais e Dogmáticos do Direito Penal. Tradução Alaor Leite. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 2015, p. 33-40.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução Manuel Cancio Meliá. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, [S.l.], 2013. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15.html>. Acesso 01 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Gustavo José Correia. **O princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos: breves apontamentos**. [Porto Alegre], [s.n], [2010?].