

CRIMES PRATICADOS NA LICITAÇÃO: NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

CRIMES PRACTICED IN THE PUBLIC BIDDING: THE NEED TO READJUST THE CRIMINAL POLICY

Juliano Augusto Dessimoni Vicente

Promotor de Justiça. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.

RESUMO

A constitucionalização do Direito Penal impõe a este mecanismo formal de controle social não só a tutela dos bens jurídicos individuais, comumente violados pela criminalidade tradicional, mas também daqueles de natureza difusa e coletiva quando agredidos, caracterizada pela prática delitativa por organizações criminosas de poderio econômico elevado e de fácil enraizamento na estrutura estatal. Neste ponto, os crimes no procedimento licitatório exteriorizam com facilidade a criminalidade dos poderosos. O Estado deve valer-se de instrumentos penais adequados para tutelar bens jurídicos de natureza difusa, contemplar tipos penais abertos, normas penais em branco e crimes de perigo abstrato, visando a proteger estes interesses. A partir do entendimento de que o Estado deve deixar de intervir inadequadamente nos direitos fundamentais, mas também protegê-lo, visando a alcançar a justiça social e os objetivos proclamados pela República, é que será realizada uma leitura do Direito Penal das licitações.

PALAVRAS-CHAVE

Estado Democrático e Social de Direito; Constituição; Bem jurídico-penal; Mandados de criminalização. Crimes na licitação.

ABSTRACT

The constitutionalization of Criminal Law enforces this formal mechanism of social control not only to protect the individual legal values, commonly violated by traditional crime, but also regarding those diffuse and collective values, whose offense is performed by economically powerful criminal organizations that can easily root themselves into the State structure. At this point, the crimes in the public bidding process easily manifest the criminality of the powerful. In order to protect these interests, the State must avail itself of adequate criminal instruments to safeguard diffuse values, contemplating open criminal types, norms that need the provision of another norm to be enforced and abstract danger crimes. It is starting from the understanding that the State should stop intervening inappropriately in fundamental human rights, but also protect it in order to achieve social justice and the goals proclaimed by the Republic, is how the Criminal Law of the public biddings reading will take place.

KEYWORDS

Democratic and social State of law. Constitution. Criminal legal value. Warrants of criminalization. Crimes in the public bidding process

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil passou, definitivamente, a ser estruturada a partir de uma concepção de Estado Democrático e Social de Direito. Assim, o direito penal necessitava ser remodelado em consonância com este formato de Estado.

Embora tenham ocorrido alguns avanços visando a lapidar o sistema punitivo brasileiro à feição democrática e social do Estado, ainda há muito o que evoluir nessa tarefa.

O direito penal brasileiro ainda se afigura inadequado para enfrentar determinadas modalidades criminosas, notadamente aquelas que atentam contra os bens jurídicos difusos e coletivos e a criminalidade organizada, em especial quando esta se volta para a prática de infrações penais em detrimento da Administração Pública.

Nesse contexto, demonstraremos a gravidade dos delitos praticados na licitação, tendo em vista que tais crimes atentam contra os alicerces do Estado brasileiro (fundamentos e objetivos da República – arts. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988) e contra a justiça social almejada pela Carta Política.

É preciso reconhecer a existência de um mandado implícito de criminalização relativamente a tais delitos, como forma de orientar uma política criminal que propicie uma atuação concreta do direito penal na tutela dos pilares do Estado Democrático e Social de Direito.

1. LICITAÇÃO E BEM JURÍDICO-PENAL

1.1 O interesse público e a licitação

Em seu art. 1º, parágrafo único, a Carta erigiu a soberania popular como princípio basilar do Estado, impondo aos agentes públicos a fiel observância ao interesse público em todos os seus atos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Ao estruturar a Administração Pública em seu art. 37, *caput*, a Carta Magna fundamentou-a com base nos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cuja observância é obrigatória à administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, não pode o administrador público, em nenhuma hipótese, deles se afastar.

Por consequência lógica dessa previsão constitucional, percebemos a necessidade de todos os atos administrativos terem por objetivo maior a consecução do interesse público.

Cuida-se, pois, de um dever-poder imposto ao agente público, visto que a utilização do poder estatal não está vinculada à vontade do seu exercente, mas

ao interesse da coletividade e subordinada a este, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos, vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.¹

Para alcançar o fim pretendido pelo interesse público, muitas vezes a Administração é obrigada a celebrar contratos para realizar obras, prestar serviços, fornecer bens, etc. Não se poderia deixar a escolha a critério exclusivo do administrador, pois, certamente, essa liberdade, em algumas situações, resultaria na prática de atos que culminariam em prejuízo para a Administração Pública e, conseqüentemente, ao interesse público.

Nesse cenário, surge a licitação para reduzir esses riscos ou até mesmo eliminá-los. O procedimento licitatório possui dois objetivos nítidos: a) conferir à Administração Pública a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso; e b) assegurar aos administrados condições igualitárias para contratar com as entidades do Estado.

Ciente da importância do tema, o constituinte tratou de incorporá-lo ao texto constitucional e o fez em diversos dispositivos.

No art. 22, XXVII, a Constituição estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação [...]”. Já no art. 37, XXI, a Carta Magna encampou o princípio da obrigatoriedade da licitação, ao determinar que “[...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”.

É também objeto de licitação a prestação de serviços públicos pelo Poder Público, conforme preconiza o art. 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.72-73.

Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

O art. 37, *caput*, por sua vez, ao consignar que a Administração deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, relaciona-se mediatamente com a licitação, na medida em que tais postulados aplicam-se ao procedimento licitatório.

Do ponto de vista infraconstitucional, coube principalmente à Lei nº 8.666/93 tratar do tema, inclusive tipificando condutas criminosas.

1.2 A licitação como instrumento de justiça social e mecanismo de atuação inerente a um Estado de Direito Democrático e Social

Do ideário liberal desenvolvido pelo movimento iluminista na *batalha* travada contra o absolutismo, emergiu a concepção da economia regulada pela lei da oferta e da procura de mercado. Dessa forma, a política do Estado liberal se assenta na ideia da não intervenção na estrutura social e econômica dos cidadãos (*Estado mínimo*).

Reflexo desse contexto no cenário jurídico é o reconhecimento de que os cidadãos têm direitos fundamentais e de liberdade que constituem a salvaguarda contra o abuso do poder estatal.

Em que pese a evolução política que representou esta ordem, ela não teve a amplitude necessária para atingir a todos; surgiu como decorrência da exploração do trabalho, o que acarretou na formação de uma sociedade desigual e injusta.

Diante deste panorama, iniciou-se a gestação do Estado Social, no qual foram afirmados os direitos sociais ou de segunda dimensão. Percebeu-se, então, a necessidade de redirecionar as funções do Estado. Passou-se a pregar, assim, a intervenção estatal para diminuir os conflitos sociais. No Estado Social, a ideia é a de compensação, tornando-se o Estado um provedor.

Teve início um processo de mobilização por parte da sociedade para que o Estado propiciasse direitos concretos aos indivíduos, de maneira a permitir a plena vivência pelos cidadãos dos direitos e das liberdades conquistados nas revoluções.

Para atender a esses anseios, o Estado passou a implementar políticas públicas. Os direitos fundamentais, neste cenário, assumiram uma dimensão social, através da introdução dos direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais).

A crescente demanda de recursos públicos para realizar políticas sociais (saúde, educação, segurança pública, etc.), aliada à necessidade de investir em infraestrutura, viu-se reprimida diante do esgotamento das fontes de recursos públicos. Em decorrência deste quadro, surgiram movimentos inflacionários e ocorreu a estagnação das economias das nações.

Com a crise desse modelo de atuação estatal, ampliaram-se os debates neoliberais, que impunham ao Estado o desempenho de um novo papel: deixar a linha de

frente do desenvolvimento econômico e social e começar a figurar ao lado do setor privado na prestação dos serviços públicos.

Surgem, então, as práticas genericamente conhecidas por desestatizações, como concessões para a exploração de serviços públicos, privatizações e terceirizações. O Estado, então, modificou seu modo de atuação.

Com a estabilização das funções do Estado ao adotar esse modelo econômico e administrativo, cresceu, exponencialmente, a necessidade de o Poder Público adquirir ou locar bens, realizar obras, executar serviços, valendo-se, para tanto, do setor privado, sempre buscando atingir suas finalidades.

Dessa forma, tendo em vista que o Estado não possui todos os elementos humanos e materiais para concretizar os direitos fundamentais, fica a Administração obrigada a socorrer-se da iniciativa privada para cumprir os compromissos estabelecidos pela Carta Magna.

O procedimento licitatório emerge em importância para a consecução do bem comum, na medida em que constitui um instrumento de caráter administrativo que permite ao Estado realizar negócios vantajosos, sem dar tratamento diferenciado aos administrados.

Neste panorama, inequívoca a importância da licitação. Afinal, com a nova realidade econômico-social, através do certame regularmente estabelecido é que a Administração atuará para satisfazer o interesse público, notadamente em observância aos fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, II, III e IV, da Carta Magna) e ao cumprimento dos objetivos fundamentais: construir uma sociedade justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação.

Os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro não podem ser menosprezados e devem orientar, inclusive, o verdadeiro sentido do interesse público. Na medida em que a Constituição passou a ser o centro do ordenamento jurídico com o neoconstitucionalismo, ela impõe que a lei e, de um modo geral, todos os atos dos poderes públicos, devam, não só observar as formalidades indicadas na Carta Magna, mas, também, serem compatíveis com a sua axiologia.

Aliás, esta carga valorativa da Constituição Federal pode ser identificada entre os fundamentos e objetivos da República, assim como nas diversas normas constitucionais relacionadas à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais (saúde, educação, etc.), que contemplam expressamente o conteúdo axiológico e as opções políticas do constituinte.

Ademais, não olvidamos que os preceitos constitucionais tenham por finalidade última não só assegurar o que foi conquistado, mas, também, estabelecer um *programa* dirigente, de forma a conduzir o administrador e o legislador ordinário a concretizar suas opções políticas. Estas, por sua vez, buscam, em última análise, o bem da coletividade.

Ao consagrar a Carta Magna uma concepção de justiça, abandonou uma visão de um Estado liberal *puro*, para proclamar a existência de um modelo que permita a intervenção na realidade econômica, social e jurídica como forma de realizar essa justiça constitucional.

Outrossim, em um Estado Democrático de Direito, o povo legitima o poder que buscará satisfazer o interesse público mediante o exercício democrático, na forma disposta na Constituição (art. 1º, parágrafo único), que é a Lei Maior. A existência do Estado de Direito de índole democrática implica, portanto, a conformidade das medidas tomadas por este poder com a ordem legal estabelecida, cujo objetivo final será satisfazer o interesse da coletividade.

A licitação se revela, nesse contexto, como um mecanismo de atuação do Estado na busca da justiça social, um instrumento próprio de um Estado Democrático de Direito, na medida em que, disciplinado por lei, permite a consecução do interesse público pelos representantes do povo.

Promove, ainda, os direitos fundamentais, permitindo ao Estado concretizar os direitos sociais, econômicos e culturais, indispensáveis àqueles, permitindo o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

Ademais, através da licitação, os princípios expressos na Constituição atinentes à Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – são concretizados.

1.3 A relação entre o bem jurídico-penal e a licitação

Não há maiores dificuldades para identificarmos os bens jurídicos tutelados pelo direito penal clássico, constantes, principalmente, no Código Penal, como, por exemplo, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra e a liberdade dos indivíduos.

De outro lado, com a aceitação das modernas formulações de bem jurídico, notadamente a de índole constitucional, a concepção de bens jurídicos universais ganhou notoriedade na doutrina jurídico-penal.

A relevância dos bens jurídicos de caráter universal é sedimentada com a consagração do Estado Democrático e Social de Direito, no qual os direitos sociais e coletivos são afirmados e o Estado passa a adotar uma postura ativa no intuito de efetivar os fundamentos da República (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, etc.), seus objetivos (construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades) e garantir os direitos sociais dos cidadãos (educação, saúde, moradia, segurança, previdência social, etc.).

Não é por outro motivo que Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio afirmam:

Ora, respeito à dignidade da pessoa humana (art.1º), redução das desigualdades sociais (art.3º) e realização de justiça social são, evidentemente, questões prioritárias ao Estado brasileiro e, pois, combater

aquilo que ofende tais valores e bens implica combater o que mais lesa a sociedade, ou seja, implica reconhecer a prioridade de proteção de bens jurídicos que digam respeito a tais valores. E, como veremos, para “zonas de danosidade social inequívoca”, há legitimidade material para a intervenção do Poder Público [...].²

A consecução dos valores e objetivos mencionados são imperativos perante o administrador público e o legislador ordinário, que não têm discricionariedade quanto à sua realização, diante da supremacia formal e substancial da Constituição Federal.

A estruturação do direito penal deve considerar a axiologia contemplada no Texto Maior, absorvendo-a, para dela extrair os bens jurídicos que deverão ser objeto de tutela penal, ou seja, que possuam dignidade penal.

Nesta seara, não podemos negar que as graves violações do procedimento licitatório possuem aptidão para serem objeto de tutela penal.³

Isto porque o procedimento licitatório opera como um instrumento de atuação do Estado na busca da justiça social, permitindo satisfazer o interesse público e promovendo, ainda, os direitos fundamentais, uma vez que confere ao Estado a possibilidade de materializar direitos sociais, econômicos e culturais, indispensáveis àqueles, pois permitem o livre desenvolvimento dos indivíduos.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais visa a conferir preponderância à dignidade da pessoa humana através de prestações positivas obrigatórias impostas ao Estado para alcançar a igualdade material.

Ademais, a licitação, quando processada legalmente, e com eticidade, atribui maior eficiência no desempenho das atividades estatais, o que permitirá ao Estado caminhar mais facilmente rumo ao cumprimento dos objetivos constitucionais. É por essa razão que afirma Claus Roxin:

[...] em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um

2 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal da moralidade e probidade administrativas**. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

3 A legitimidade da intervenção penal está condicionada não apenas à dignidade penal da conduta, senão também à carência de tutela penal. Não deve haver criminalização nas hipóteses em que não se constate o propósito de tutela de um bem jurídico-penal.

sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.⁴

Nos crimes licitatórios, o bem jurídico está estreitamente vinculado aos pilares e objetivos da República, com as dimensões individual social dos direitos fundamentais, com os princípios constitucionais relativos à Administração Pública e com o adequado funcionamento da *engrenagem* estatal.

Especificamente com relação aos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição, e, com especial ênfase no princípio da moralidade, Cezar Roberto Bitencourt destaca:

A definição do bem jurídico tutelado nos crimes licitatórios somente poderá ocorrer a partir do exame da *política de moralidade administrativa* adotada pela Constituição Federal de 1988. A identificação do *bem jurídico* protegido pelas condutas tipificadas deve ser obtida nos limites da norma penal incriminadora, independentemente de eventual irregularidade administrativa, isto é, deverá ser observada a estrita legalidade da tipicidade taxativa. A despeito de se poder identificar uma *objetividade jurídica genérica* nos crimes licitatórios, qual seja, preservar os princípios básico da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa, não se pode olvidar que cada tipo penal possuía a sua própria objetividade jurídica, sem, contudo, afastar-se do amplo contexto em que está inserido.⁵

A violação ao princípio constitucional da moralidade, portanto, possui inegável relevância em face do que preconiza a Constituição Federal, considerando ainda que entre os direitos inerentes à cidadania destaca-se o direito político de todo cidadão e da coletividade a uma Administração que atue com retidão, que trate efetivamente públicos os bens do povo.

A Constituição, legitimamente, é o indicador primário do bem jurídico que demanda tutela; é o aparato do qual se socorrerá o intérprete para aferir bens ou interesses que representam maior danosidade social, ou seja, aqueles essenciais para o indivíduo e para a coletividade.

Estabelecida esta premissa, aferimos que as graves violações ao procedimento licitatório representam uma inequívoca danosidade social, na medida em que debilitam a atuação estatal na busca pela justiça social.

4 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.17-18.

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.132.

1.4 Instrumentos de tutela penal dos bens jurídicos universais

1.4.1 Tipos penais fechados e abertos

No direito penal, o crime é previsto na lei através de uma formulação específica: o tipo penal. O princípio da legalidade, no que tange à existência do delito e da pena respectiva, está relacionado com a tipicidade penal.

Dentre as diversas classificações deste conceito destaca-se na doutrina aquela que diz respeito ao enquadramento como tipos penais fechados ou abertos.

A distinção entre ambos possui origem nos ensinamentos de Hans Welzel. Delitos de tipo fechado são aqueles que apresentam a definição completa, como, por exemplo, o homicídio, no qual não há necessidade de qualquer integração.

Já os crimes de tipo aberto são os que não apresentam uma descrição típica completa. Neles, o mandamento proibitivo não observado pelo sujeito não surge explicitamente e necessita ser pesquisado no caso concreto. São exemplos de crimes de tipo aberto: a) os delitos culposos: neles é preciso estabelecer o cuidado objetivo necessário descumprido pelo sujeito;⁶ b) os crimes omissivos impróprios: neles é preciso estabelecer o descumprimento do dever jurídico de agir; e c) os delitos cuja descrição apresenta elementos normativos.

A tutela penal dos bens jurídicos será efetivada de acordo com a sua espécie. Para a tutela penal dos bens jurídicos individuais, prepondera o direito penal clássico, de caráter repressivo, que aplica sanções como uma forma de resposta estatal ao comportamento contrário ao ordenamento. Há presença de tipos penais fechados e de tipos penais de dano, os quais veremos adiante.

Aos bens jurídicos universais, entretanto, defende-se a aplicação de um direito penal moderno ou contemporâneo. A tutela penal, para ser eficaz, deve ser preventiva.

Trata-se de um direito penal prospectivo, que enxerga o futuro, e não repressivo, que se antecipa e previne os danos ao bem jurídico.⁷ Nesse sentido é o magistério de Antonio Carlos da Ponte:

6 Os delitos culposos não implicam violação da legalidade, uma vez que a própria natureza das coisas impede que se possam descrever com maior exatidão na lei todos os comportamentos negligentes suscetíveis de ocorrer ou realizar-se.

7 Embora não adote uma formulação de bem jurídico, Günther Stratenwerth faz referência a um *direito penal do futuro*. Segundo Luís Greco, “Stratenwerth parte dos grandes perigos das modernas sociedades industriais, os quais têm o potencial de eliminar por completo a vida na terra, e pergunta de que modo a nossa ciência do direito penal pode contribuir para a conservação do mundo tal como o conhecemos. As tradicionais figuras dogmáticas foram construídas levando em conta danos individuais do tipo “Caim mata Abel, ou X mata Y”, face aos modernos problemas, mostram-se elas “desesperadamente obsoletas”. Nos novos “delitos referidos ao futuro” (*zukunftsbezogene Delikte*), são afetadas gerações futuras ou o meio ambiente, de maneira que todas as questões, da definição do resultado até a teoria do concurso de pessoas, do dolo até a culpabilidade, apresentam caráter diverso do dos delitos tradicionais. Para lidar corretamente com os delitos referidos ao futuro, é necessário criar um correspondente *direito penal referido ao futuro*, que seria um caminho intermediário entre a dissolução funcionalista de todos os princípios e a miopia individualista-liberal que pugna por um retorno a um suposto direito penal clássico.” (GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.10).

O que se convencionou denominar *moderno Direito Penal* reconhece a importância do Direito Penal tradicional, clássico, mormente na proteção de direito e garantias individuais e de bens naturais e tradicionais. Ao mesmo tempo, reconhece que seus mecanismos não apresentam a mesma eficácia com fenômenos criminais do mundo contemporâneo, como a corrupção, a criminalidade organizada, o terrorismo, as violações ao patrimônio artístico, histórico e cultural, etc. Trata-se de um Direito Penal que convive harmonicamente com o Direito Penal tradicional, porém, não se debruça sobre o passado, vai além, projeta-se para o futuro.⁸

Na tutela penal preventiva não se fala, em regra, em tipo penal fechado. Pelo contrário, os tipos penais devem ser abertos, com a criação de crimes de perigo abstrato e a utilização de normas penais em branco.

A necessidade de empregar essas técnicas decorre do fato de que as lesões causadas aos bens jurídicos difusos e coletivos geralmente são de difícil, impossível ou improvável reparação, seja pela natureza do bem atingido, seja pela extensão da violação causada.

No campo do direito ambiental, imaginemos a queimada extensa de uma floresta, ou uma grave poluição do ar. Essas condutas afetam um número indeterminável de pessoas. Se na tutela dos bens jurídicos universais o direito penal optasse pela repressão, estes bens não seriam adequadamente assegurados.

Ademais, ainda que preconizássemos a utilização exclusiva de tipos penais fechados, dada a sua maior aptidão para atender ao princípio da legalidade (taxatividade), estes também não estariam livres de críticas.

Segundo Alamiro Velludo Salvador Netto:

[...] o tipo penal fechado apresenta dois problemas sérios e concomitantes. Em primeiro lugar, espelha uma sociedade muito pouco complexa e muito previsível. Em segundo, a prática judiciária demonstra que nem mesmo as normas de fácil compreensão estão completamente desligadas do problema da interpretação e das divergências sobre seu verdadeiro alcance, fundamentalmente em razão da característica instável e contingente da “segunda modernidade”.⁹

O que não se deve tolerar no ordenamento jurídico são os tipos penais excessivamente abertos, ou seja, aqueles nos quais a descrição da figura típica é tão genérica, que caberia ao intérprete, praticamente em sua totalidade, indicar aquilo que é proibido pela norma penal.

8 PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.50.

9 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.35.

A flexibilização da legalidade consistente na *lex certa*, por outro lado, não se confunde com o seu total afastamento do cenário jurídico. Assim, a mitigação de garantias, por si só, não é inconstitucional. A depender de um balanceamento com fundamento no princípio da proporcionalidade, a relativização de garantias pode ser compatível com a Constituição, desde que haja preponderância da proteção efetiva de determinados bens jurídicos.

Em verdade, nada impede que exista harmonia entre o direito penal tradicional e o direito moderno, desde que as balizas constitucionais sejam atendidas em ambos os modelos punitivos.

1.4.2 Normas penais em branco

Existem determinadas normas penais, denominadas *incompletas*, que carecem de complementação de outras normas. Nessa esfera estão as normas penais em branco, classificadas em sentido lato ou estrito. As primeiras são aquelas nas quais há homogeneidade de fontes legislativas. Por sua vez, nas normas penais em branco em sentido estrito existe uma heterogeneidade de fontes, na medida em que a complementação da lei penal decorre de instância legislativa diversa. Nos interessa esta última.

O direito penal invariavelmente regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares e biogenética, dentre outros. Em todas essas áreas é necessário ter conhecimentos técnicos específicos. Ocorre que o Poder Legislativo, encarregado pela Constituição Federal de legislar sobre matéria penal (art. 22, I), em regra, não os detém.

O conhecimento técnico necessário para complementar a norma penal será encontrado, na maioria dos casos, no Poder Executivo. Nossa conclusão decorre do fato de que o Poder Executivo é o encarregado de fiscalizar estas áreas por meio do seu poder de polícia.

Para permitir uma fiscalização eficaz e uma padronização mínima das atividades objeto de fiscalização, são elaborados atos que, por vezes, fundamentam e completam as normas penais em branco, dando-lhe a concretude necessária para operar.

Por outro lado, as normas penais em branco aparecem como um complemento eficaz e adaptável às modificações da realidade, sem exigir constantes alterações da lei penal. Este complemento surge, em geral, justificado por questões técnicas, quando a evolução social é superior à velocidade de atualização da legislação ou, ainda, quando a própria evolução do direito penal assim impõe.

Jesús-Maria Silva Sánchez aborda as causas do surgimento de novos interesses passíveis de tutela penal. Segundo ele,

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obede-

ça, ao menos em parte, já a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes –, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. As causas da provável existência de novos bens jurídicos-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes*, que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-cultural. Entre outros fatores.¹⁰

Dessa forma, a dinâmica da produção e do desenvolvimento dos novos riscos, junto a complexidade dos seus efeitos e a rapidez do surgimento de novos contextos de periculosidade, exigem do legislador recorrer às normas penais em branco, sob pena de se estabelecer um processo interminável de produção legislativa, que acabaria resultando, muitas vezes, na ausência de tutela de certas situações e na deficiência ao formular o tipo penal por ausência de informações técnicas a respeito de certas áreas do conhecimento humano.

As normas penais em branco, portanto, atendem à remodelagem de uma sociedade tecnológica e globalizada, em constante alteração, e propiciam, também, tipificar um maior volume de condutas com precisão técnica, atendendo ao interesse geral de solucionar, com segurança e rapidez, situações para as quais a sociedade clama por uma imediata resolução.

1.4.3 Crimes de perigo abstrato

Crimes de perigo abstrato são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, sem indicar um resultado específico como elemento expresso do injusto.

10 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.27.

Nas palavras de Luís Greco, os delitos de perigo abstrato são “[...] tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico [...]”.¹¹

Os crimes de perigo abstrato se contrapõem aos crimes de danos nos quais “[...] a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico [...]”.¹² O homicídio e a lesão corporal são exemplos dessa modalidade de infração penal.

Dentre os crimes de perigo, ainda existe a categoria dos delitos de perigo concreto, hipótese na qual o tipo penal incriminador somente é preenchido quando o bem jurídico tiver sido efetivamente colocado em risco. Como exemplo, citamos a exposição ou o abandono de recém-nascido, tipificado no art. 134 do Código Penal brasileiro.

A característica essencial dos delitos de perigo abstrato reside no fato de que o perigo não é um elemento da sua estrutura típica, mas a razão da proibição. Ele é presumido *ius et de iure* pela lei e não precisa ser provado, pois resulta da própria ação ou omissão do agente. A conduta de omissão de socorro, tipificada no art. 135 do Código Penal brasileiro, é um crime de perigo abstrato.

É legítimo antecipar a tutela penal através da tipificação de crimes de perigo abstrato, desde que não se perca o enfoque na proteção de bens jurídicos essenciais.

Nos bens universais, nos quais o dano causado geralmente é de grande extensão e de difícil reparação, a necessidade de estabelecer crimes de perigo abstrato é ainda mais evidente, sob pena de, em alguns casos, haver violação do princípio da proporcionalidade na sua vertente que veda a proteção deficiente.

Sob esse aspecto, Teresa Aguado Correa analisa os delitos de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade, abordando-os sob o enfoque das parciais do postulado da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à adequação ou idoneidade dos crimes de perigo abstrato, diz a autora que eles “[...] encontram sua justificação na necessidade de uma tutela mais acabada e eficaz dos bens jurídicos que se consideram essenciais e, fundamentalmente, dos denominados bens jurídicos coletivos.”¹³

Já no que tange à valoração dos delitos de perigo abstrato, quanto à necessidade, serão compatíveis com o princípio da proporcionalidade quando tipificados para proteger bens jurídicos mercedores de pena, com legitimidade constitucional e relevância social, quando as condutas tipificadas forem perigosas ao bem jurídico que se busca tutelar (não somente aquelas perigosas em certos casos) e, quando no caso concreto o comportamento foi perigoso ao bem jurídico resguardado.¹⁴

11 GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.2.

12 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral – tomo I: questões fundamentais e a doutrina geral do crime. São Paulo: RT, 2007, p.309.

13 CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, p.341.

14 CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, p.394.

Por fim, sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito, estabelecida a idoneidade e a necessidade de um crime de perigo abstrato para a tutela de determinado bem jurídico, é preciso definir previsões que permitam encontrar a pena proporcional ao injusto e à culpabilidade individual do autor.¹⁵

Concluindo-se pela legitimidade dos crimes de perigo abstrato, é imperiosa a necessidade de estabelecer determinados temperamentos quanto às exigências impostas pelos princípios da lesividade e da legalidade. Se por um lado não será necessário um dano ou perigo concreto, por outro, a presunção de perigo deverá estar de algum modo atrelada à realidade constatada.

A presunção de perigo estabelecida pela lei penal atenderá ao requisito da ofensividade a partir da constatação de que tais condutas, pelas regras da experiência comum, podem levar perigo ao bem jurídico protegido. Por exemplo, considera-se a estatística de acidentes de motoristas que dirigem sob a influência de álcool para criminalizar a conduta de dirigir embriagado (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro).

Quanto à legalidade, notadamente à sua dimensão relacionada ao mandato de certeza, a construção do tipo penal, respeitadas as características próprias do delito de perigo abstrato, deve ser a mais delineada possível.

As dificuldades dogmáticas devem ser superadas para que os crimes de perigo abstrato cumpram seu papel na proteção de bens jurídicos diante de uma realidade de rápidas transformações sociais.

1.4.4 Estaremos diante de um direito penal máximo?

A expansão do direito penal a partir da criação de novos bens jurídico-penais, a utilização mais frequente de tipos penais abertos, normas penais em branco e crimes de perigo abstrato têm sido fonte de severas críticas por parte daqueles que defendem um direito penal mínimo ou nuclear.

Segundo Jesús-María Silva Sánchez:

Nos dois últimos anos, a defesa do “minimalismo” tem sido associada sobretudo às posturas defendidas por alguns dos mais significativos autores da denominada “Escola de Frankfurt”. Esses, voltando-se à defesa de um modelo ultraliberal do Direito Penal, vêm propondo sua restrição a um “Direito Penal básico”, que tenha por objeto as condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação de responsabilidade e no processo. Nessa ótica, caracterizam a evolução do Direito Penal oficial como uma “cruzada contra o mal”, desprovida de uma mínima fundamentação racional.¹⁶

15 CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, p.405.

16 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.21.

Assim, o minimalismo penal propõe um direito penal fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão somente naquelas situações nas quais outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. Assenta-se, pois, nos princípios da insignificância, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da dignidade da pessoa humana.

Diante do que preconiza o direito penal mínimo, indagamos: estaremos diante, portanto, da adoção de um direito penal máximo? A resposta depende do que venha a ser a essência de um direito penal máximo.

Segundo Ferrajoli:

[...] o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estas reflexões, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão da incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. [...] ¹⁷

Ao utilizarmos como parâmetro a Constituição Federal de 1988 – que estabelece um amplo catálogo de direitos fundamentais – e a legislação infraconstitucional (Código Penal e Código de Processo Penal), a resposta que se impõe só pode ser negativa.

Com efeito, não há no direito penal brasileiro, com raríssimas exceções, penas extremamente severas, que ultrapassem *primo ictu octuli* os limites da proporcionalidade. Não há um direito penal ilimitado, que não assegure o contraditório e a ampla defesa e que não observe o princípio da legalidade, ainda que com temperamentos. Não há, portanto, um direito penal máximo.

Se assim é, porque Luigi Ferrajoli, acompanhado por diversos juristas brasileiros, defendem a existência de um direito penal mínimo, fundado no garantismo penal?

O equívoco, em verdade, não está na defesa do garantismo penal, mas em concebê-lo de maneira incompleta. Adotado um modelo de Estado fundado na democracia, na redução das desigualdades e que possua como um dos seus princípios basilares a proporcionalidade, a projeção dessas opções políticas pelo constituinte acarretará em aceitarmos uma dupla concepção de garantismo: de um lado um garantismo negativo, que se consubstancia na proteção contra os excessos praticados pelo Estado e, de outro, um garantismo positivo, que impõe ao mesmo Estado atuar na proteção de determinados interesses.

17 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. 2.ed. São Paulo: RT, 2002, p.102.

O ideal é que o legislador ordinário, utilizando como parâmetro indispensável a Constituição Federal, movimente-se na área existente entre o garantismo negativo e o garantismo positivo. Somente assim é que teremos a proteção dos bens jurídicos mais relevantes ao indivíduo e à sociedade, sem a necessidade de abriremos mão de garantias historicamente conquistadas.

2. O FORTALECIMENTO DO SISTEMA PENAL PARA ENFRENTAR OS CRIMES PRATICADOS NA LICITAÇÃO

2.1 A criminalidade moderna: os paradigmas empresarial e endógeno de organizações criminosas

Não é fácil identificar precisamente a origem do crime organizado, uma vez que se trata de um fenômeno surgido em diversos países simultaneamente. Ao longo da história, podemos apontar exemplos de diversas organizações criminosas, como as tríades chinesas, que ainda hoje são responsáveis pelo tráfico de heroína, a máfia siciliana na Itália, a Yakuza no Japão, e o cangaço no Brasil, no século XIX.

Nas últimas décadas, o avanço da tecnologia e o desenvolvimento da informática, dos meios de comunicação e dos transportes repercutiram acentuadamente na criminalidade, transformando-a.

Esses progressos que servem ao bem, também servem ao mal, e aliados a uma rede de influência comumente encontrada no Estado incrementam a criminalidade.

As relações econômicas de notável fluidez do mercado neoliberal também se refletem nas atividades criminosas empreendidas por grupos organizados, situação que se intensifica pelo desenvolvimento vigoroso das empresas. Sobre este aspecto, pondera José Paulo Baltazar Júnior:

A importância que adquiriu a figura da empresa, como motor da vida econômica em praticamente todos os países do mundo, no modelo capitalista, não poderia deixar de ter reflexos na criminalidade, em especial naquela cometida de forma organizada, que representa justamente uma racionalização da atividade criminosa, assim como a empresa, mediante organização a racionalização da atividade econômica. Parte-se, aqui, de uma análise econômica do crime, que parece adequada a práticas criminais que visam ao lucro, fazendo com que o proveito econômico seja buscado onde há maior riqueza e atividade econômica, ou seja, justamente no meio empresarial e, em perspectiva mundial, nos países mais ricos. Nessa medida, as organizações criminosas assemelham-se às empresas lícitas, das quais

se distinguem por utilizar principalmente métodos ilícitos, enquanto nas primeiras são utilizados, predominantemente, métodos lícitos.¹⁸

Diante disso, o poder econômico das organizações criminosas se torna um potente instrumento facilitador da corrupção de agentes públicos. Fala-se, então, em uma criminalidade empresarial associada a uma criminalidade endógena ou institucional, na qual o “[...] agente público vende sua influência ou intermediação [...]” ou espolia “[...] o Estado diretamente, por meio de crimes como peculato ou fraudes em licitações e contratos públicos [...]”.¹⁹

Esse modelo misto de organização criminosa (empresarial e endógena) se notabiliza pela prática específica de crimes econômicos, como fraudes diversas (contra a administração pública) e lavagem de dinheiro, com a característica peculiar de, em regra não haver violência ou grave ameaça, mas, em contrapartida, de existir com maior incidência crimes de corrupção.

Jesús-María Silva Sánchez chama esse modelo criminoso de *criminalidade dos poderosos* ou *crimes of the powerful*, contrapondo-o a *lower class crime* (criminalidade dos marginalizados). Segundo ele:

[...] o certo é que a criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografia), a criminalidade das empresas (delitos fiscais, contra o meio ambiente, contra as relações de consumo – saúde e interesses econômicos), a corrupção político-administrativa ou o abuso de poder, inclusive, a violência conjugal do denominado “tirano doméstico” e o acoso sexual aparecem no primeiro plano da discussão social sobre o delito. E a nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos.²⁰

Embora reconheça o crescimento da criminalidade dos poderosos, Jesús-María Silva Sánchez alerta para o fato de que 80% da criminalidade permanecem manifestando-se como criminalidade clássica ou dos menos favorecidos²¹, como roubos, furtos e receptações.

No entanto, é preciso observar que a falta de combate adequado ao crime organizado, especialmente aquele que age contra o Estado, inclusive com a participação de agentes públicos, vulnera os objetivos consagrados pela Constituição

18 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.110.

19 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.116.

20 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.53.

21 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.54.

Federal e é uma das grandes causas da criminalidade tradicional, na medida em que gera uma significativa marginalização social.

É nesse contexto que estão inseridos os delitos praticados na licitação. Indivíduos com alto poder econômico atuam através de empresas legalmente constituídas ou por meio de *empresas de fachada*, geralmente corrompendo funcionários públicos ou agentes políticos do alto escalão do governo, fraudando procedimentos licitatórios e contratos e, dessa forma, auferindo vantagens indevidas.

É comum a criação de *empresas fantasmas*, o uso de *laranjas*, a declaração de endereços inexistentes ou do mesmo endereço para diversas empresas e a emissão de documentos falsos (como notas fiscais e faturas), além de modificações rotineiras no quadro social das empresas – inclusive com o uso de empresas estrangeiras (localizadas nos chamados paraísos fiscais, o que dificulta a identificação dos responsáveis), – tudo para criar uma aparência de legalidade a uma realidade ilícita e facilitar a prática de crimes contra a Administração Pública.

A situação também se revela grave quando nos deparamos com o financiamento por empresas privadas de campanhas eleitorais. Os recursos injetados em projetos políticos vêm acompanhados, muitas vezes, da distribuição de cargos em comissão, da liberação de verbas em área de interesse do financiador e da contratação de obras e serviços sem licitação.²²

A participação, em muitos casos, de agentes públicos no esquema criminoso agrava acentuadamente a situação, uma vez que não só facilita a prática criminosa, como também dificulta a persecução penal. É por esse motivo que José Paulo Baltazar Júnior alerta para a gravidade dessa realidade:

A organização criminosa de modelo endógeno, quando incrustada em altos escalões de governo, como nos casos do *Esquema PC* e do *Mensalão*, qualifica-se, ao lado da criminalidade econômica grave, como criminalidade dos poderosos (*Kriminalität der Mächtigen*), aproximando a política da criminalidade, com um aproveitamento das relações e do domínio do poder estatal para alcançar a impunidade. É em relação a essa modalidade de organização criminosa, e não sobre aquela tradicional, em geral afastada dos centros de poder, que se apresentam os maiores perigos de influência nociva sobre a economia e a política.²³

Não há como negar que as licitações e os contratos administrativos são realizados em um âmbito da atividade administrativa do Estado propício para uma intensa atuação da *criminalidade dos poderosos*. Isto ocorre em razão da enorme

22 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.11.

23 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.117.

quantidade de recursos públicos envolvidos e de uma certa facilidade na corrupção de funcionários, que possibilita aos infratores obterem vantagens ilícitas grandiosas, em detrimento da Administração.

Considerando que estes desvios de finalidade no exercício das funções públicas, ao desvirtuarem o emprego dos recursos estatais, acarretam a vulnerabilidade da justiça distributiva almejada pela Constituição, não poderá o direito penal ficar alheio a estes comportamentos.

O legislador ordinário deve, em atenção aos valores constitucionais, construir um sistema penal adequado à tutela suficiente dos bens jurídicos ameaçados ou violados por estas condutas.

Ao direito penal compete proteger os bens jurídicos fundamentais, ou seja, aqueles essenciais à sociedade. E o que é fundamental, essencial, para a Constituição é desenvolver a justiça social, que dignifica o ser humano.

A proteção exacerbada de bens jurídicos individuais, em detrimento da tutela dos bens jurídicos conectados com a justiça social, se distanciaria da ordem constitucional, o que deve ser objeto de atenção por parte dos operadores do direito para que não ocorra uma assimetria entre a Lei Maior e as normas constitucionais.

2.2 A tutela penal dos atos atentatórios ao procedimento licitatório: o princípio da codificação

O fenômeno da *codificação* implica a reunião uniforme, em apenas um texto legal, de todas as normas atinentes a um determinado ramo do Direito.

Além de constituir um conjunto de normas agregadas sistematicamente, um Código deve exteriorizar uma ideologia. “[...] A *alma* de um Código é revelada pelos objetivos superiores de seu autor ou de seus autores. Reflete-se, em geral, em uma proposta política dos detentores do poder.”²⁴

A *consolidação* de leis também consiste em uma justaposição de textos esparsos em um único corpo legislativo. Entretanto, enquanto a consolidação se ocupa simplesmente com a organização de textos normativos, a codificação tem por escopo sistematizar princípios e regras necessárias para a interpretação e a aplicação das leis relativas a um determinado ramo do Direito.²⁵

24 MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais** – parte especial do direito penal. São Paulo: RT, 2004, p.81.

25 O Brasil já teve uma Consolidação das Leis Penais cuja exigência decorreu dos graves defeitos do Código Criminal da República de 1890. Como não seria possível transformá-lo imediatamente, surgiram, então, várias leis para complementá-lo, o que ocorreu em grande número e gerou enorme confusão e incerteza quanto à aplicação no caso concreto. Coube ao desembargador Vicente Piragibe consolidar essas leis extravagantes, o que ocorreu por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, a denominada Consolidação das Leis Penais de Piragibe, que vigorou até 1940.

No âmbito criminal, o princípio da codificação impõe que a definição de toda e qualquer infração penal, com os seus preceitos primário e secundário, devam constar do Código Penal e não de uma legislação extravagante.

A adoção do princípio da codificação importa em vantagens e desvantagens para o sistema jurídico.

A respeito das vantagens da codificação, Sérgio de Oliveira Médici assevera:

A codificação, sem dúvida, favorece análise e a compreensão dos institutos jurídicos por ele regrados. Propicia uma compatibilidade lógica entre suas regras, dispostas de forma harmônica e despida de contradições. Também facilita o acesso às normas vigentes, ao contrário do que ocorre com o sistema de legislação esparsa ou de criação consuetudinária.²⁶

Márcia Dometila Lima de Carvalho, ao sustentar que toda a legislação referente ao direito penal econômico deveria ser inserida na Parte Especial do Código Penal, aduz que a codificação acaba com a danosa prática de, em um corpo de lei sobre a matéria não penal, incluir-se um dispositivo penal, redigido em péssima técnica e adotando critérios de tipificação por equiparação, sem qualquer cientificidade, o que torna a legislação esparsa e desconhecida e, sem dúvida, redundante na sua ineficácia pelo desuso.²⁷

Por outro lado, é uma desvantagem da codificação a dificuldade de adaptação dos Códigos às transformações que se operam rapidamente na sociedade, pois possuem maior rigidez.

Consideramos, a partir de um sopesamento entre as vantagens e as desvantagens, que os benefícios da codificação são superiores aos ônus que seriam suportados em caso de sua adoção, na medida em que seu acolhimento confere segurança jurídica aos cidadãos e dificulta a incompatibilidade entre as normas, facilitando, assim, a aplicação do Direito.

Ademais, a codificação está em conformidade com o princípio da proporcionalidade em ambas as suas dimensões: tanto na proibição do excesso, como na proibição da tutela deficiente. Isso porque a *inflação* legislativa gerada quando a codificação não é adotada dificulta o conhecimento pelo cidadão das condutas definidas como infrações penais e, frequentemente, não observa de forma suficiente as dimensões do princípio da legalidade.

Além disso, deixa vulnerável a proteção de determinados bens jurídicos, uma vez que as leis penais são elaboradas sem observância da técnica, em meio

26 MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais** – parte especial do direito penal. São Paulo: RT, 2004, p.89.

27 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.120.

à legislação relativa a outros temas, o que gera tipos deficientes na definição das condutas criminosas e dificulta a adequada subsunção do fato à norma.

O Código Penal deve, em sua Parte Geral, estabelecer os princípios e regras formadoras do conteúdo da lei penal, necessários à aplicação da lei penal. Essa, por sua vez, deve se encarregar de definir as condutas criminosas e cominar suas penas.

As normas das duas partes de uma lei penal codificada devem guardar uma relação de compatibilidade, de maneira a ser possível determinar-se a infração cometida, a espécie e a medida da pena a aquela aplicável, considerando-se as regras da Parte Geral.

Os crimes praticados na licitação deveriam, assim, ser inseridos na lógica da codificação. A Lei nº 8.666/93, de natureza essencialmente administrativa, deveria se ocupar da regulamentação, no âmbito do direito administrativo, das licitações e dos contratos.²⁸

Por outro lado, de forma sistemática e coerente, em harmonia com a Parte Geral, a Parte Especial deveria se encarregar da definição das condutas proibidas. Para que exista, de fato, uma relação de congruência entre as partes de um Código Penal, o adequado é que elas sejam elaboradas simultaneamente, com a estruturação da Parte Especial a partir das diretrizes estabelecidas na Parte Geral.

2.3 Existe um mandado implícito de criminalização nas graves violações do procedimento licitatório?

Os mandados de criminalização, mandamentos de criminalização, ordens de penalização, cláusulas de criminalização ou obrigações constitucionais de criminalização²⁹ são determinações constitucionais que impõem ao legislador um dever de proteção jurídico-penal a determinados bens.

A Constituição Federal, ao estabelecer entre os seus direitos fundamentais (art. 5º) os mandados de criminalização, deliberou por alçar o direito penal como um instrumento imprescindível à consecução dos fins do Estado, de forma a garantir, também, a observância de seus pilares, consagrados no art. 1º (fundamentos do Estado brasileiro) e no art. 3º (objetivos da República).

Embora não estabeleça um programa de política criminal concreto, oferece uma linha de atuação em matéria penal, fundada no sistema de valores por ela

28 O Projeto de Lei do Senado nº 236/12, que tem por base um anteprojeto de Código Penal proposto por uma comissão de juristas, consagra em sua Parte Especial um capítulo no Título "Crimes contra a Administração Pública" denominado "Crimes Contra o Sistema de Contratações Públicas".

29 Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, embora reconheça que todas são indicativas de um mesmo fenômeno, é adepto da locução *mandados de criminalização*, pois, segundo o autor, "ela expressa mais proximamente o caráter de imperatividade dado pela Constituição à criminalização de determinados comportamentos." (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.19).

contemplado, que em virtude da supremacia formal e material do Texto Maior não pode ser desobedecida.

A axiologia constitucional nem sempre está expressa na Constituição, mas nem por isso deixa de operar com vinculatividade em relação ao legislador ordinário ao estabelecer obrigações positivas de proteção a determinados bens jurídicos.

Em relação aos crimes praticados na licitação, especialmente àquelas condutas relacionadas aos atos de corrupção, às fraudes no procedimento concorrencial e à formação de organizações criminosas de caráter empresarial e endógena que visem a dilapidar o patrimônio público, há uma imposição ao legislador ordinário decorrente de um mandado implícito de criminalização contido na Carta Maior.

Essa obrigação tácita de penalização decorre do fato de que tais formas de criminalidade comprometem significativamente a implementação da justiça social, calcada nos objetivos e fundamentos da República (arts. 1º e 3º, ambos da Constituição Federal).

Conforme afirma Antonio Carlos da Ponte,

Compete ao Direito Penal, fundamentado em uma leitura constitucional, contribuir para a construção de um sistema punitivo ligado intrinsecamente à realização de Justiça Social. Os interesses e valores da sociedade como um todo devem ser salvaguardados e não apenas de alguns grupos sociais.³⁰

Na medida em que a Constituição contempla a cidadania e a dignidade humana como seus fundamentos, e indica como seus objetivos imprescindíveis construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem comum sem qualquer forma de preconceito ou discriminação, o direito penal deverá se orientar para preservar esses valores, que em última análise integram o conceito de justiça constitucionalmente consagrado.

A prática reiterada de corrupção e de fraudes nos procedimentos licitatórios, principalmente quando realizadas por organizações criminosas, corroem os alicerces do Estado Democrático de Direito, reduzindo drasticamente a efetividade do exercício das funções estatais.

A licitação é um mecanismo jurídico-administrativo de um Estado Democrático de Direito; por isso, na medida em que, com esteio em lei, permite a consecução do interesse público pelos representantes do povo, a sua violação afronta os direitos fundamentais ao impossibilitar que o Estado concretize adequadamente os direitos de conteúdo social.

Os atos atentatórios à licitação ainda acarretam o esfacelamento da estabilidade normativa e da confiança que os indivíduos depositam na Administração Pública, na medida em que afrontam os princípios da legalidade, da impessoalida-

30 PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.167.

de, da moralidade, da publicidade e da eficiência, todos contemplados pelo Texto Maior.

Um Estado Democrático e Social de Direito deve buscar sua legitimidade através de uma justiça social concreta, real, que somente será alcançada com o atendimento dos objetivos fundamentais da Constituição, através de uma atuação alicerçada nos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões.

Nesse cenário em que o Estado deve se desincumbir de suas missões constitucionalmente fixadas, imperiosa a necessidade de assumir o compromisso de promover novas oportunidades de avanços sociais, garantindo-se não só a vida, mas uma vida digna.

Tendo em vista que a licitação é um instrumento apto a conferir vitalidade às transformações sociais, na medida em que intermedia a atuação estatal e os valores constitucionais (arts. 1º e 3º da Constituição Federal), então é necessária a incidência do direito penal para garantir a justiça social material.

2.4 Redirecionamento da política criminal para otimizar o tratamento jurídico-penal dos delitos praticados na licitação à luz do princípio da proporcionalidade

A política criminal diz respeito a uma forma de resposta ao crime criada pela sociedade com o intuito de punir adequadamente o indivíduo que infringe as leis.

A prevenção das infrações também se insere no contexto da política criminal do Estado que não deve trilhar um caminho único, sem possibilidade de rumos diversos, e deve estar afinada com a realidade social e criminológica, sob pena de resultar ineficiente.

Por esse motivo, Antonio Carlos da Ponte sustenta que a política criminal em um Estado Democrático de Direito deve apresentar duas vertentes: uma para a criminalidade de massas e outra para a criminalidade organizada voltada ao ataque de bens coletivos e difusos.³¹

31 PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.172-175. Partimos da premissa de que o direito penal se revela como o instrumento mais adequado de tutela dos bens jurídicos violados pelas condutas atentatórias praticadas na licitação. Essa conclusão decorre do fato de que tais bens estão intimamente relacionados aos fundamentos e objetivos fundamentais da República. Assim, não pode o direito penal ficar alheio à prática de atos que atentam contra os alicerces do Estado Democrático e Social de Direito. De outro lado, pela constatação de que outras instâncias de proteção se revelam insuficientes para conferir adequada proteção a esses caros interesses da coletividade. Não é por outro motivo que Jesús-María Silva Sánchez, ao abordar a expansão do direito penal, vislumbra que o avanço da tutela penal se deve à ausência de mecanismos que não sejam de índole jurídico-penal ou pela insuficiência destes, fazendo referência à ética social, ao direito civil e ao direito administrativo. Para o autor, as sociedades modernas, nas quais durante muitos anos foram ruindo os parâmetros de análise do bom e do mau, não parecem operar como instância moralizadora apta à construção de uma ética social protetora de bens jurídicos. Já o direito civil, fundado em um modelo de reparação de danos, não possuiria eficácia preventiva suficiente a resguardar interesses juridicamente relevantes. No que tange ao direito administrativo, o autor alerta para o fato de que o princípio da oportunidade,

No mesmo sentido, Winfried Hassemer distingue entre criminalidade de massas e criminalidade organizada e sua consequência para a política criminal do Estado, alertando para o fato de que “[...] quem mistura ambas dificulta uma Política criminal racional.”³²

A criminalidade de massas está relacionada com o cotidiano da população, geradora da insegurança perceptível pelos cidadãos. Os crimes de roubos e furtos são exemplos dessa modalidade criminosas.

O direito penal e o direito penal processual clássicos, aliados às políticas sociais que visam a reduzir as desigualdades, são mecanismos que, se utilizados adequadamente pelo Estado, encarregam-se de enfrentar esse modelo de crime.

Já os crimes organizado e difuso exigem uma abordagem de política criminal totalmente diferenciada e necessária se o Estado pretender tutelar corretamente determinados bens jurídicos, transitando na esfera da proporcionalidade consistente em vedar a proteção insuficiente.

No campo do direito penal das licitações, o combate a essa forma de criminalidade, geralmente empreendida por organizações criminosas enraizadas no Estado para cumprir o adequado mandado implícito de criminalização constitucional (extraído dos arts. 1º, 3º e 37), depende de uma atuação estatal voltada a antecipar a tutela penal, de maneira a prevenir os danos, bem como da incorporação no sistema punitivo de crimes de perigo abstrato e normas penais em branco.

Instrumentos como a delação premiada – benefício legal concedido a um criminoso delator que aceite colaborar na investigação – também são importantes para enfrentar esse formato de crime.³³

O recrudescimento de penas de determinados delitos contra o procedimento licitatório é também uma medida necessária a acentuar o aspecto preventivo da sanção penal. Modificar preceitos secundários é pertinente para adequar a resposta penal ao conteúdo do princípio da proporcionalidade.

A necessidade de exacerbar reprimendas fica evidente através da leitura dos crimes tipificados na Lei nº 8.666/93. Apesar da gravidade de algumas condutas criminalizadas pelo diploma legal, não há, em nenhum dos dez tipos penais, a cominação de pena de reclusão. Quantitativamente as penas também são inadequadas ao permitirem a concessão de diversos benefícios penais.

acrescido da intensa burocratização e corrupção que geralmente acompanham essa realidade do Estado, levam ao descrédito desse instrumento como mecanismo de proteção de bens jurídicos (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p.56-61).

32 HASSEMER, Winfried. **Direito penal:** fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odím Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.266.

33 No ordenamento jurídico-penal brasileiro, a delação premiada possui previsão em inúmeros diplomas legais. Seria conveniente que o legislador ordinário unificasse o tratamento da matéria, de forma a uniformizar e facilitar a aplicação desse instrumento.

Exemplifiquemos citando o art. 90.³⁴ Aquele que frustra ou frauda o caráter competitivo da licitação, mediante ajuste, com o objetivo de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, incorrerá na pífia pena de dois a quatro anos de detenção, a qual propiciará o seu cumprimento em regime aberto, com forte possibilidade de ver substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Ademais, uma associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e com divisão de tarefas, reunida com o objetivo de, através de fraudes a procedimentos licitatórios, obter vantagem indevida em detrimento do patrimônio público, não seria considerada organização criminosa, conforme a Lei nº 12.850/13.³⁵

Há um evidente desatendimento do mandado de criminalização, uma vez que a concreção infraconstitucional da proteção do bem jurídico não transitou pelos limites conferidos pela proporcionalidade em suas vertentes de proibir o excesso e vedar a proteção deficiente.

O déficit na resposta penal é notório quando verificados os deletérios efeitos da conduta criminosa. Há uma violação dos múltiplos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal, como os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa, o interesse público, o patrimônio público e o caráter competitivo do certame, que acabam fulminando a confiança do povo em um comportamento honesto de seus representantes. Em última análise, acarretam a inadequada aplicação dos recursos orçamentários do Estado, com reflexos negativos na atividade estatal para a consecução de suas finalidades.

Entretanto, a partir dos balizamentos oferecidos pelo princípio da proporcionalidade, conclui-se que o simples agravamento de penas é uma medida simplista e insuficiente para atender adequadamente o mandado implícito de criminalização.

Enfrentar o crime depende de um direito penal afinado com a realidade social, ou, segundo Nélson Hungria, um direito penal que não “[...] se contenta com o eruditismo e a elegância impecável das teorias, mas o que, de preferência, busca encontrar-se com a vida e com o homem [...]”.³⁶

É preciso modificar o sistema punitivo para que o direito penal contribua para a manutenção dos alicerces do Estado Democrático e lhe permita alcançar a justiça social concreta almejada pela Carta Magna.

34 BRASIL. Lei nº 8.666/93. “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

35 BRASIL. Lei nº 12.850/13. “Art.1º, §1º – Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

36 HUNGRIA, Nélson. **Comentário ao Código Penal**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.592-593.

Trataremos dessas modificações, em caráter propositivo, nos tópicos seguintes.

2.4.1 A impossibilidade de estabelecer infrações de menor potencial ofensivo nos delitos praticados na licitação

As infrações de menor potencial ofensivo possuem assento constitucional, conforme podemos verificar no art. 98, I, da Constituição Federal, que estabelece a competência dos juizados especiais para julgar e executar essas infrações.

Em atendimento ao comando constitucional, editou-se a Lei nº 9.099/95, que em seu art. 61 define infrações de menor potencial ofensivo como as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

A possibilidade de um acordo civil entre a vítima e o suposto autor do fato, bem como o instituto da transação penal, acaba trazendo para a seara criminal a justiça consensual.

As infrações de menor potencial ofensivo inserem-se, assim, no campo da deformalização dos conflitos, na medida em que, para obter maior efetividade na atuação concreta do direito são buscados mecanismos alternativos à solução jurisdicional das controvérsias.

Um ponto sensível envolvendo as infrações de menor potencial ofensivo e de interesse direto aos fins desta discussão diz respeito ao critério do legislador para conceituar essas infrações. Ao desconsiderar o bem jurídico tutelado, vale-se somente do formalismo atinente à quantificação das penas.

O tema não passou despercebido para Maria Luiza Schäfer Streck:

Ao que parece, esse limite de pena acaba por englobar crimes que protegem bens jurídicos absolutamente diversos, numa espécie de “artificial isonomia legal”. Assim, o legislador, sem respeitar quaisquer outros requisitos, sejam eles objetivos ou subjetivos, acaba por considerar de mesma gravidade ou, melhor dizendo, quase sem gravidade, delitos que em um Estado Democrático de Direito merecem guarida estatal, sob pena de estarem violando o princípio da proporcionalidade em seu viés positivo. [...] ³⁷

O parâmetro eleito pelo legislador ordinário para estabelecer infrações de menor potencial ofensivo acaba desrespeitando os valores constitucionalmente consagrados.

Nesses termos, encampando a proposta de Maria Luiza Schäfer Streck, é preciso reconhecer uma nulidade parcial sem reduzir o texto, para que as condutas

37 STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.149.

que vulnerem direitos fundamentais e os alicerces do Estado (arts. 1º e 3º, ambos da Constituição Federal) sejam excluídas da classificação como infrações de menor potencial ofensivo.

Dentre diversos exemplos, a autora indica como crimes a serem retirados do catálogo das infrações de menor potencial lesivo aqueles praticados em licitações (Lei nº 8.666/93, arts. 93, 97 e 98).³⁸

Não é crível supor, por exemplo, que o crime de fraude de ato licitatório (Lei de Licitações, art. 93), que afronta os princípios constitucionais da moralidade e da probidade, seja considerado como de ofensa mínima.

O ato de imoralidade afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e vários postulados éticos e morais.

A improbidade, por sua vez, importa na má qualidade de uma gestão administrativa, pela prática de atos que implicam o enriquecimento ilícito do agente ou o prejuízo ao erário ou, ainda, em violação aos princípios orientadores da Administração.

Dessa forma, não existe amparo constitucional ao estabelecer tal delito como uma infração de menor potencial ofensivo. Ao contrário, a ofensividade não é mínima, mas grave, e afronta diretamente os valores contemplados pela Constituição Federal.

Alternativa à jurisdição constitucional (da nulidade parcial sem reduzir o texto) consistiria em alterar a lei para majorar as penas de alguns crimes, excluindo-os do conceito legal de infração de menor potencial ofensivo ou criar uma cláusula de exceção na Lei nº 9.099/95, art. 61, com a mesma finalidade.

O critério que melhor orientaria o legislador para definir infrações de menor potencial ofensivo é o bem jurídico, devendo ele abster-se de eleger parâmetros meramente formais, dissociados da materialidade constitucional, para regulamentar o art. 98, I, da Constituição Federal.

2.4.2 A corrupção incluída como crime hediondo

Os crimes hediondos têm fundamento constitucional no art. 5º, XLIII, cuja redação é a seguinte:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

38 STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.150-151.

Trata-se de mandado de criminalização que impõe regime jurídico-penal mais gravoso aos crimes hediondos e a ele equiparados. Por se tratar de norma de aplicabilidade limitada foi regulamentada pela Lei nº 8.072/90.

O legislador ordinário adotou o sistema legal para determinar os crimes hediondos, indicando alguns crimes que mereciam um tratamento penal mais severo.

Problema maior surge quando se verifica que o rol de crimes hediondos eleito pelo legislador está em descompasso com a Constituição Federal, na medida em que toma por base uma visão reducionista do direito penal, limitando-o, basicamente, à tutela de bens jurídicos individuais.

Ao adotarmos a Constituição Federal como um instrumento aferidor de bens jurídicos passíveis de tutela penal, é imperioso haver uma vinculação material entre a atividade legislativa e as normas constitucionais.

Tendo em vista que a corrupção afeta acentuadamente o desempenho da função pública, com reflexos diretos no exercício regular da atividade administrativa – gerando ineficiência, desmoralização das instituições pelo comportamento ímprobo, afronta da representação popular e graves efeitos para a competição dos mercados – a justiça social pretendida pela Constituição Federal será abalada, exigindo-se uma resposta penal mais adequada à gravidade da conduta.

Diante de todos estes efeitos deletérios, seria necessário modificar o catálogo de crimes hediondos trazido pela Lei nº 8.072/90, visando a adequá-lo à Carta Política.

Márcia Dometila Lima de Carvalho propõe que a Lei nº 8.072/90 receba a sanção da inconstitucionalidade por omissão, afirmando que a hediondez do delito deva ser buscada na Constituição, com a necessária consideração dos interesses difusos e coletivos afrontados pela corrupção.³⁹

O Projeto de Lei nº 5.900/13, na pendência de apreciação pela Câmara dos Deputados, visa a alterar a Lei nº 8.072/90, art. 1º, para prever os delitos de peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa, além do homicídio simples e das suas formas qualificadas, como crimes hediondos. Tem ainda como objetivo modificar os arts. 312, 316, 317 e 333, do Código Penal, para aumentar a pena desses delitos.

Trata-se de proposta de modificação legislativa que, se aprovada, reduzirá a deficiência do catálogo de crimes hediondos relativos à Constituição Federal, constituindo-se em medida de caráter penal que deverá ser aliada a outras, nos moldes em que propomos, para enfrentar adequadamente os crimes praticados na licitação.

39 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.50.

2.4.3 A Lei nº 8.666/93 e a interceptação telefônica

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial (art. 5º, XII, da Constituição Federal).

O art. 5º, XII, da Carta Política, consagra o direito fundamental ao sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados, telemáticas e telefônicas.

Entretanto, com relação às comunicações telefônicas, a Lei Maior reconhece que o direito não é absoluto e permite sua flexibilização para a investigação criminal ou instrução processual penal.

Para regulamentar a ressalva constitucional consagrada no dispositivo, editou-se a Lei nº 9.296/96, que deu contornos jurídicos à interceptação telefônica.

Trata-se de um meio de prova extremamente útil e eficaz para enfrentar a criminalidade, uma vez que é a partir das conversas particulares entre os infratores que detalhes da prática criminosa se tornam acessíveis às autoridades responsáveis por apurá-la e repreendê-la.

Uma das exigências legais para deferir judicialmente a interceptação telefônica é o fato de o apurado ser apenado com reclusão. Dessa forma, o legislador optou pelo critério qualitativo da pena para admitir a medida cautelar.

Ocorre que nos crimes tipificados na Lei nº 8.666/93, sem exceções, há apenas a previsão nos preceitos secundários de penas de detenção. Esse óbice jurídico impede, em princípio, o uso da interceptação telefônica para a obtenção de provas de crimes licitatórios.

Não se ignora, entretanto, que muitos delitos previstos na Lei de Licitações sejam praticados em concurso com o crime de corrupção (este apenado com reclusão). Para esta hipótese, desenvolveu-se no campo processual penal a teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade).

Se ao investigar um crime punido com reclusão forem obtidas eventualmente provas de um crime punido com detenção – conexo ao crime para o qual foi autorizada a interceptação – essas provas serão válidas, uma vez que é impossível, durante a interceptação, separar as conversas em razão dos fatos a serem apenados de forma mais gravosa ou mais branda. Ademais, não é possível aceitar que as garantias constitucionais sirvam como um escudo protetivo à prática de crimes.

Assim, se durante uma interceptação telefônica judicialmente deferida para apurar um crime de corrupção obtém-se, fortuitamente, elementos probatórios relativos a crimes próprios da Lei nº 8.666/93, apenados com detenção, a prova obtida terá validade.

Porém, não nos esqueçamos da dinâmica da vida social e da multiplicidade de situações fáticas propiciadas pelo mundo real. Certamente haverá hipóteses nas quais somente existirão indícios de autoria ou participação relacionados a um dos crimes tipificados na Lei de Licitações.

O atual tratamento jurídico dado à matéria não permitirá, nesses casos, realizar a interceptação telefônica. Entretanto, essa proibição não tem amparo nas necessidades probatórias impostas à investigação dessas infrações penais.

Em muitas ocasiões o procedimento licitatório fraudado se apresentará formalmente em ordem, sob o aspecto de legalidade ou reconhecido pelo Tribunal de Contas com indicação de irregularidades que, embora possam ser graves, em um primeiro plano somente permitirão adotar medidas da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesses casos, a prova do elemento subjetivo necessária para caracterizar a conduta violadora do procedimento licitatório e de outros elementos que robusteçam a imputação nem sempre ficará evidente pela análise técnica do Tribunal de Contas, ou por eventual oitiva de testemunhas.

Assim, a interceptação das comunicações telefônicas seria uma medida extremamente importante para apurar e comprovar delitos dessa ordem. O êxito na produção dessa prova não só permitiria comprovar, no caso concreto, os detalhes da infração criminosa e, principalmente, do elemento volitivo (dolo), como também às autoridades estabelecerem uma tipologia de fraudes recorrentes na licitação, facilitando futuras investigações ao definir o método comumente utilizado pelos criminosos.

A solução do problema poderia ocorrer de duas formas: a) ao impor mais severidade na resposta penal aos delitos licitatórios mais graves (Lei nº 8.666/93, arts. 89, 90 e 92 a 96)⁴⁰, ainda que somente qualitativamente, fixando a pena de reclusão para substituir a de detenção; ou b) inserir na Lei nº 9.296/96 uma cláusula de exceção em seu art. 2º⁴¹ (que trata dos requisitos para deferir o pedido de inter-

40 BRASIL. Lei nº 8.666/93. “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.”

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

“Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art.121 desta Lei: Pena –detenção, de dois a quatro anos, e multa.”

“Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

“Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

“Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”

“Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: [...] Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

41 BRASIL. Lei nº 9.296/96. “Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quan-

ceptação), admitindo assim, nos crimes licitatórios, a interceptação das comunicações telefônicas, ainda que o crime seja apenado com detenção.

Dentre essas alternativas, reputamos mais adequada o agravamento da sanção penal nos crimes licitatórios, na medida em que as penas cominadas a tais delitos não condizem com a gravidade das condutas e a magnitude dos bens jurídicos tutelados.⁴²

2.4.4 Dilação dos prazos prescricionais nas infrações penais praticadas no procedimento licitatório

A prescrição é um instituto de direito penal que atinge a punibilidade. Esta, por sua vez, corresponde à possibilidade jurídica de se impor a sanção penal. A prescrição tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, que não pode ser eterno, bem como exigir do Estado que a resposta ao crime seja imediata, conservando, assim, as finalidades da sanção penal.

Nos crimes praticados na licitação, o decurso do tempo obsta o enfrentamento dessa modalidade criminosa. Frequentemente as investigações desses delitos se arrastam por anos.

Para apurar essas infrações penais, muitas vezes é necessário analisar um extenso volume documental, que inclui editais, contratos, aditamentos, planilhas, normalmente elaborados com linguagem extremamente técnica e específica, cujo entendimento demanda o estudo de outras áreas da ciência.

Também costuma ser comum a necessidade de produzir provas técnicas, geralmente complexas, como as de natureza contábil ou de engenharia, por exemplo. Não só realizá-las, mas também compreendê-las no cenário da investigação demandam tempo.

Não é raro, ainda, que muitos documentos necessários à produção da prova estejam em posse dos Poderes Públicos e que, apesar da tipificação da conduta na Lei nº 7.347/85⁴³, art. 10, haja demora na entrega dos documentos requisitados para instruir os procedimentos investigatórios.

do ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”

42 Segundo Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, a exigência de que a interceptação telefônica seja admitida somente nos crimes apenados com reclusão possui por objetivo que ela seja “[...] efetivada somente nos crimes mais graves [...]” (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.373). Se assim é, considerar todos os delitos da Lei de Licitações como não sendo de gravidade representaria um descompasso com o princípio da proporcionalidade.

43 BRASIL. Lei nº 7.347/85. “Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.”

Nesse contexto, se de um lado o investigado ou o acusado não pode arcar com o ônus da demora excessiva do Estado para apurar crimes, quando injustificada, por outro, situações desiguais merecem um tratamento diferenciado.

Nos crimes praticados na licitação, diante de todas essas ponderações, é necessário estabelecer um tratamento jurídico diferenciado em relação à prescrição penal, adequando a disciplina da matéria às peculiaridades destas infrações.

Sobre a necessidade de o legislador ordinário atuar para impedir a prescrição, assevera Christiano Jorge Santos:

[...] impõem-se ao Poder Legislativo o aperfeiçoamento das normas penais que regulamentam a prescrição, para evitar a produção da impunidade, tanto com a criação de novas leis que dificultem ou impeçam o reconhecimento da prescrição, como também através da revogação de outras normas que são verdadeiras trilhas por onde passem os réus a caminho da impunidade.⁴⁴

Sem prejuízo de alterações legislativas, os órgãos de investigação devem ser melhor aparelhados para evitar atrasos em suas tarefas. Medidas como aumentar o efetivo policial, oferecer treinamento adequado e investir na área de inteligência, por exemplo, são essenciais para otimizar a atuação investigativa e reduzir os prazos para concluir as apurações de crimes.

O Poder Judiciário, igualmente, deve empreender os esforços necessários para melhorar a sua estrutura, evitando delongas na tramitação dos processos.

Os membros do Ministério Público, por sua vez, devem cumprir os prazos processuais. Já o Ministério Público, como Instituição, poderia imprimir celeridade e eficácia na investigação criando um grupo especial ou um modelo diferenciado e especializado de atuação das Promotorias de Justiça para enfrentar essa criminalidade.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

44 SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.30.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral – tomo I: questões fundamentais e a doutrina geral do crime. São Paulo: RT, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal** – a Constituição penal. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCÍA-PELAYO. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odím Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HUNGRIA, Néelson. **Comentário ao código penal**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**. 3.ed. v.1. Milão: Giuffrè, 2001.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais** – parte especial do direito penal. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

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

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho penal**: parte general. tomo I: fundamentos. A estructura de la Teoría del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2.ed. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: RT, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 11.ed. Tradução: Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Artigos em periódicos

ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n.2, abr-jun,1992.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Tradução: Heloísa Estellita Salomão, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ano 89, v.776, p. 409-439, jun.2000.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Tradução: Alaor Leite. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v.922, p. 292-322, ago.2012.

Sites

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal da moralidade e proibidade administrativas**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br>. Acesso em 7 fev. 2014.