

Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações

Luiz Regis Prado

Programa de Doutorado (FADISP)

Titular de Direito Penal (UEM)

Bruna Azevedo de Castro

Mestre em Direito Penal (UEM)

Doutoranda em Direito (FADISP)

Resumo: O Direito Penal tem por finalidade primordial a tutela de bens jurídicos essenciais ao homem e à coletividade. Assim, não pode esse ramo do ordenamento jurídico estar alheio às condutas que lesionam ou expõem a perigo o regular funcionamento da Administração Pública, especialmente no que diz respeito à confiabilidade de suas relações contratuais. No presente trabalho, procura-se identificar o bem jurídico tutelado nos delitos licitatórios (Lei 8.666/1993), mediante a necessária distinção existente entre bem jurídico categorial e bem jurídico específico ou em sentido técnico.

Palavras-chave: Direito Penal; licitação pública; Administração Pública; bem jurídico-penal

Abstract: Criminal law's primary purpose is the protection of legal assets essential to men and the community. So, this part of legal system could not remain indifferent in respect of actions that damage or expose to danger the proper functioning of public administration, especially with regard to the reliability of their contractual relations. The present study intends to identify the legal interest protected in bidding offenses contained in Law 8.666/1993, by the necessary distinction between categorial legal asset and very specific or technical legal asset.

Keywords: Criminal Law; public bids; Public Administration; legal asset

Sumário: Considerações gerais 1. Contrato administrativo e licitação 2. Tutela penal da licitação: esboço histórico 3. Bem jurídico protegido no delito licitatório. Conclusões principais. Referências bibliográficas

Considerações gerais

A figura do Estado Administração, com seus órgãos e cargos públicos, surge para executar ou fiscalizar, direta ou indiretamente, as atividades destinadas a satisfazer as necessidades coletivas essenciais, como a segurança pública e comunicações, bem como as necessidades coletivas instrumentais, a exemplo do fornecimento de água, energia elétrica e outras.¹

O conceito e as finalidades da Administração Pública sofreram, a partir da consolidação do Estado *democrático e social* de Direito², relevante transformação. Passa-se de uma postura abstencionista à conformadora dos interesses sociais, adotando-se uma filosofia assistencial de serviço ao cidadão, mas visando o interesse coletivo, dentro dos limites da legalidade.³

São diversos os sentidos ou enfoques considerados para se conceituar e caracterizar a Administração Pública. Segundo uma visão

¹ CAETANO, M. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 3.

² A respeito da contextualização histórica do Estado democrático de Direito voltado ao bem-estar social, vide PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 112 e ss.

³ PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. São Paulo: RT, 2014, v. 7, p. 61.

global, diz-se que é o conjunto de atividades destinadas ao desempenho das funções típicas dos poderes do Estado⁴, ou, ainda, todo o aparelhamento estatal “preordenado à realização de serviços visando a satisfação das necessidades coletivas”.⁵

Nessa perspectiva, de supremacia do interesse público sobre o privado e prestação de serviços essenciais à comunidade, as atividades de gestão pública estão vulneráveis a intervenções que não só desatendem às necessidades coletivas, mas também acabam por transformar o aparato estatal em instrumento para satisfação de interesses privados. O interesse público, que permeia as atividades da Administração Pública, é relegado a um plano meramente simbólico.

Tais intervenções, em grande parte dos casos, ocorrem por atuação conjunta de particulares e servidores públicos, e são de tão lesivas à Administração Pública e ao interesse da coletividade que provocam a ingerência do Direito Penal. É dizer: o regular funcionamento da Administração Pública é, indubitavelmente, bem jurídico de dignidade penal que, diante das formas de agressão mais incisivas, não prescinde da intervenção direta desse ramo do ordenamento jurídico.

Dentre as diversas formas de desvio da precípua finalidade de atender ao interesse público no âmbito da Administração, destacam-se precisamente aquelas que também envolvem interesses privados, concernentes à contratação pública.

Nesse contexto, a contratação pela Administração de serviços e atividades particulares, a fim de satisfazer necessidades coletivas, representa a institucionalização da relação entre público e

⁴ DALLARI, A. de A. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Juriscredi, s/d, p. 7.

⁵ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65-66.

privado que, demais disso, é regulada de forma pormenorizada. As disfunções ocasionadas em razão de privilégios e vantagens ilícitas de qualquer natureza são desvaloradas pelo ordenamento jurídico e, assim, sancionadas tanto pelo Direito Administrativo, como pelo Direito Penal.

O presente estudo tem por escopo analisar a questão do bem jurídico-penal tutelado nos delitos licitatórios, tendo em vista que a salvaguarda de bens jurídicos essenciais ao homem e à sociedade é a missão primordial do Direito Penal.⁶

Parte-se da referência da Administração Pública como bem jurídico em sentido categorial⁷, uma vez que as condutas reprováveis ocorridas para desviar a finalidade dos procedimentos licitatórios, refletem-se na Administração Pública como um todo, ora conspurcando diretamente o patrimônio público, ora atingindo a moralidade ou a hígidez que deve reger as relações estabelecidas pela Administração.

1. Contrato administrativo e licitação

É certo que a Administração Pública detém, diante dos particulares, certas prerrogativas e privilégios inerentes às condições especiais que cercam a figura do Estado, sobretudo no que tange às relações contratuais.

De outro lado, rege-se por princípios e normas de direito público que convergem a uma orientação genérica e insofismável: a supremacia ou prevalência do interesse público. Aliás, esse preceito fundamenta tanto a posição privilegiada da Administração Pública em

⁶ Vide PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 33 e ss.

⁷ *Ibidem*, p. 36.

relação aos particulares, quanto sua atuação dirigida pelo princípio da legalidade, pois é o órgão encarregado de zelar pelo interesse coletivo.

A situação privilegiada em que se encontra a Administração Pública, devido ao interesse público por ela tutelado “significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de *modificar, também unilateralmente*, relações já estabelecidas”.⁸

No âmbito da relação entre a Administração Pública e os particulares a ela subordinados, tem-se como irrefutável a possibilidade de concretização de contratos bilaterais, em que o Estado é uma das partes da relação obrigacional. É dizer: nem todas as relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Pública e o particular resultam de atos unilaterais daquela; quando oriundas do acordo de vontades entre ambos, são denominadas *contratos*.

Tais contratos podem ser de Direito Privado da Administração, conforme sejam regidos por normas de Direito Privado quanto ao seu conteúdo e feitos; ou “contratos administrativos”, que se sujeitam integralmente às normas de Direito Público, cabendo às normas privadas o papel de aplicação subsidiária. Tais relações contratuais têm em

⁸ MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51 (grifo no original).

comum o regramento pelo Direito Administrativo (princípios e regras) ao menos das condições e formalidades para estipulação e aprovação.⁹

Nesse contexto, *licitação* é o antecedente necessário do *contrato administrativo*, como procedimento administrativo preparatório de um futuro ajuste, que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, mas expectativa de direito.¹⁰

Pode-se conceituar a licitação como o “procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”.¹¹

A licitação é, portanto, um convite feito pelo poder público aos administrados para que ofereçam propostas e possam ser contratados, a fim de executarem uma prestação (obrigação de dar ou fazer).¹² Tem natureza jurídica de procedimento de controle e finalidade seletiva,¹³ com referência constitucional expressa – artigo 22, XXVII,CF – e submetida ao princípio da obrigatoriedade (art.37,XXI,CF).

⁹ Ibidem, p. 628.

¹⁰ MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 273

¹¹ MELLO, C. A. B., op. cit., p. 534. No dizer de Carvalho Filho, licitação é “o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”(CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. São Paulo, Atlas, 2015, p.240 – grifado no original).

¹² MUKAI, T. *Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 1990, p. 1.

¹³ Cf. CARVALHO FILHO, J.S., cit., p. 240.

As modalidades licitatórias são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. São elas disciplinadas pelos preceitos genéricos constantes da legislação ou identificados pela doutrina, e se distinguem de acordo com os tipos de contratação a que se destinam.

O procedimento licitatório é regido pela Lei n.8.666/1993, que regulamenta o artigo 37, XXI da Constituição Federal.¹⁴ A referida lei foi editada em um contexto de relevante pressão social pela regulamentação – e em certa medida, pela moralização – das contratações celebradas pela Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas governamentais, pois não era eficiente a legislação à época vigente, especialmente os dispositivos do Código Penal de 1940, que apenavam os comportamentos ilícitos, ofensivos ao erário e à moralidade administrativa.¹⁵

Na realidade, a Lei 8.666/1993 como um todo tem por escopo reforçar a *principiologia constitucional* que rege a atividade administrativa, sobretudo os preceitos explícitos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

De modo específico, o procedimento licitatório tem por escopo assegurar o princípio da isonomia¹⁶, ao tratar da mesma forma todos os interessados em contratar com a Administração, bem como selecionar a proposta economicamente mais vantajosa para esta última, tendo em vista o

¹⁴ “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

¹⁵ GASPARINI, D. *Crimes na Licitação*. 2 ed. São Paulo: NDJ, 2001, p. 1.

¹⁶ FREITAS, A. G. T. *Crimes na lei de licitações*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 9.

regime jurídico a que se sujeita: da supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos.

Do quadro axiológico constitucional aplicável genericamente à Administração Pública, a doutrina extrai alguns princípios específicos da licitação: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa.¹⁷

A licitação visa maximizar a utilização dos recursos públicos, em cotejo com o desenvolvimento do mercado. Portanto, a legislação versada em matéria licitatória deve – ou deveria – acompanhar as transformações econômicas que também conduzem ao incremento dos gastos da Administração.¹⁸

Dessa feita, resta evidente a importância de se examinar atentamente e desenvolver estudos acerca dos dispositivos jurídicos que regulam as contratações no âmbito da Administração Pública, e em especial os procedimentos licitatórios, como precedentes necessários para a concretização da grande maioria dessas relações contratuais.

Isso porque as condutas que violam as normas específicas desse procedimento administrativo ofendem também, em suas formas mais gravosas, os fundamentos constitucionais da Administração Pública. Nesses casos, é pertinente a intervenção do Direito Penal para sancionar tais comportamentos que atentam contra a moralidade administrativa, o

¹⁷ MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 275.

¹⁸ DALLARI, A. A., op. cit., p. 11.

regular funcionamento da Administração, a lisura do procedimento licitatório, a idoneidade das contratações públicas¹⁹, etc.

Aliás, é pertinente salientar que a Administração Pública está sujeita a diferentes tipos de lesão e, dada a variabilidade histórica e contingencial das atividades por ela exercidas, as condutas que se destacam como merecedoras de resposta penal caracterizam delitos específicos, capazes de afetar múltiplos bens jurídicos.²⁰

Definitiva, portanto, a consagração feita pela Lei de Licitações de uma tutela penal específica e abrangente, embora tais condutas reprováveis não tenham sido antes indiferentes ao legislador brasileiro, pois eram reconduzidas a tipos constantes do Código Penal.²¹

As infrações penais estão situadas na Seção III (Dos Crimes e das Penas), no artigos 89 a 98, do Capítulo IV, que institui também as sanções administrativas e disciplina o processo e procedimento judicial.

2. Tutela penal da licitação: esboço histórico

O tratamento jurídico-penal especificamente dedicado às condutas reprováveis verificadas não só durante o procedimento licitatório, mas também, de um modo geral, durante a realização e execução de outras espécies de contratos existentes entre particulares e Administração Pública, é inaugurado pela Lei 8.666/1993.

¹⁹ FREITAS, A. G. T., op. cit., p. 31.

²⁰ PRADO, L.R., *Tratado de Direito Penal brasileiro*, 7, p. 61.

²¹ FILHO, M. J. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 861.

Pode-se afirmar, assim, que a referida lei tem por objeto as relações contratuais formadas pela Administração Pública, prevendo, inclusive, de forma inédita, a especificação de condutas mais graves e lesivas, carecedoras da intervenção penal.

Antes do advento da Lei 8.666/1993, o procedimento licitatório era regulamentado pelo o Decreto-Lei 2.300/1986, o último que dispôs sobre normas administrativas reguladoras dos contratos e licitações da Administração Federal. Outros decretos foram editados posteriormente, para alterar este último, e também se encontram revogados pela atual Lei de Licitações.

Contudo, determinadas condutas dirigidas a subverter ou utilizar o procedimento licitatório para obter vantagem ilícita, certamente mais graves do que aquelas previstas como simples infrações administrativas sancionadas pelo Decreto-Lei 2.300/1986, eram sancionadas, quando possível a conformação típica, pelas penas estabelecidas no Código Penal para os delitos contra a Administração Pública.

Dessa forma, antes do advento da Lei 8.666/1993, a legislação licitatória específica restringia-se a punir, com as sanções de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração, declaração de idoneidade para licitar ou contratar com esta última, apenas as condutas referentes à inexecução total ou parcial do contrato, o atraso ou a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar instrumento equivalente (artigos 71 a 74 do revogado Decreto-Lei 2.300/1986).

A ofensa à moralidade administrativa referente à licitação, consubstanciada em crimes realizados desde o início do procedimento

licitatório até a finalização dos contratos firmados com a Administração Pública, amoldava-se em alguns tipos penais insculpidos no Código Penal, que, de sua vez, não regulava de forma exaustiva a matéria.

Destacam-se, nesse contexto, os artigos 326 (violação de sigilo de proposta de concorrência pública), 335 (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência pública ou venda em hasta pública) e 336 (inutilização de edital ou de sinal), do referido diploma legislativo, que antes disciplinavam de forma insipiente a matéria penal licitatória, e atualmente encontram-se derogados.²²

3. Bem jurídico protegido nos delitos licitatórios

De início, cumpre reiterar que o Direito Penal tem como essencial finalidade a tutela de bens jurídicos essenciais ao homem e à sociedade, cujo fundamento é integrado por valores culturais baseados em necessidades individuais, convertidos em bens jurídicos quando sua existência ou sobrevivência carece de proteção jurídica.²³

Em que pese à existência (e insistência) de certas vertentes doutrinárias direcionadas à abolição ou diminuição da importância do bem jurídico para o Direito Penal, refuta-se por completo tal postura tendo em vista que em um Estado democrático de Direito não se pode conceber um corpo legislativo, composto de normas e sanções extremamente restritivas da liberdade individual do cidadão, que não tenha como substrato um bem jurídico a ser protegido.

²² Assim, GRECO FILHO, V. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 6.

²³ PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 46.

Isso vale dizer que em um Direito Penal democrático não há espaço para restrição de liberdade individual que não esteja justificada pela necessidade de tutela de bens jurídicos relevantes ao homem e à coletividade. Aliás, como bem se assinala, toda proibição ou mandamento de ação que se desvia dos objetivos de conservação de bens jurídicos é em tese arbitrária, pois se limita ao mero exercício de obediência pelos cidadãos.²⁴

Nesse sentido, intenta-se perquirir qual é o dado ou valor que, por sua significação social, demanda a intervenção do Direito Penal para assegurar sua existência no âmbito dos delitos licitatórios.

É mister esclarecer que, na tutela jurídico-penal das licitações implantada pela Lei 8.666/1993, identifica-se um bem jurídico genericamente protegido por todos os tipos penais, ou seja, um bem jurídico *categorial*, e bens jurídicos *específicos* ou *em sentido técnico*, protegidos por cada um dos tipos penais.²⁵

O bem jurídico categorial ou objeto genérico de tutela jurídica nos delitos licitatórios é a Administração Pública, porquanto as condutas tendentes a macular, de diferentes formas, o procedimento licitatório e a própria contratação pública, ofendem a figura do Estado Administração, especialmente no que concerne à lisura da contratação cuja finalidade é, como visto, atender ao interesse público, por meio da satisfação de necessidades coletivas²⁶, pois, se não houver confiabilidade em tais procedimentos, a própria possibilidade de contratação é prejudicada.

²⁴ GRACIA MARTÍN, L. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 56-57

²⁵ Cf. PRADO, L. R. *Direito Penal do ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p., 111.

²⁶ Cf. CAETANO, M. *op. cit.*, p. 2-3.

Como bem jurídico categorial, o correto – imparcial e regular – funcionamento da Administração Pública está atrelado à relação existente entre as funções estatais e aos princípios e valores reconhecidos direta ou indiretamente na Constituição Federal. Isso significa que o intérprete não pode desconsiderar, ao determinar o significado dos diferentes tipos penais, os valores cardeais utilizados pelo legislador para nortear a tutela jurídico-penal da Administração Pública, entre eles, a diferenciação entre as funções estatais de legislação, administração e jurisdição.²⁷

Dessa forma, pode-se afirmar que, em todos os tipos penais constantes do estatuto licitatório, o legislador pretende salvaguardar o regular e correto funcionamento da Administração Pública pela preservação da moralidade administrativa²⁸, a idoneidade e lisura das licitações e contratações públicas.²⁹

A moralidade e lisura das concorrências, ao lado da imparcialidade funcional, proibidade administrativa na elaboração e execução dos contratos, são elementos específicos que possibilitam o regular, o bom andamento dos atos da Administração voltados ao atendimento do interesse público.³⁰

A Administração Pública, como bem jurídico tutelado não só pelo Direito Penal, tem, como observado, expressa referência constitucional no artigo 37, em especial no inciso XXI, que especificamente prevê a necessidade de procedimento licitatório para

²⁷ PRADO, L. R., *Tratado de Direito Penal brasileiro*, v. 7, p. 63.

²⁸ Analisando a matéria do bem jurídico protegido nos itens de cada tipo penal, afirma-se que a moralidade administrativa é o bem jurídico geral tutelado em cada um dos tipos penais previstos pela lei em comento, ao lado de alguma especificação, como, por exemplo, a regularidade do procedimento, a igualdade e competitividade do certame, o dever jurídico do funcionário em atuar em favor do interesse público e não privado, etc. (GRECO FILHO, V., op. cit., p. 11 e ss).

²⁹ FREITAS, A. G. T., op. cit., p. 31.

³⁰ Cf. COSTA JR., P. J. *Direito Penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15 e ss.

realização de obras, serviços, compras e alienações, além do artigo 22, XXVII, que prevê a competência da União para dispor sobre normas referentes à licitação e a contratações pela Administração.

Conquanto não exista mandamento expreso de criminalização dirigido à repressão de condutas que impliquem dano à regularidade do funcionamento da Administração Pública, pode-se afirmar que sua relevância constitucional, a fim de se estabelecer uma relação entre bem jurídico-penal e Constituição³¹, é indubitável em razão da própria concepção existente para direcionar o legislador e o próprio Estado Administração.

Além disso, no §4º do artigo 37 do texto Constitucional há o reconhecimento de que atos de improbidade administrativa importam suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*. Vale dizer: o legislador constituinte indica que os atos de improbidade administrativa podem ser sancionados penal e administrativamente.

Assinala-se, em outra vertente, que a “objetividade jurídica genérica”, verificada nos delitos licitatórios, consubstancia-se na finalidade de preservar os princípios essenciais que regem a Administração Pública, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade publicidade e probidade administrativa.³²

No entanto, não é essa a melhor orientação no que diz respeito à delimitação do bem jurídico-penal *categorial* tutelado pelo diploma licitatório, uma vez que também por meio da intervenção jurídico-

³¹ Acerca das teorias que discorrem sobre a natureza e implicações da relação existente entre bem jurídico penal e Constituição, vide PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 64 e ss.

³²BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

penal – que deve ser a *ultima ratio legis* – é possível realizar ou concretizar princípios ou diretivas constitucionais.

A preservação ou concretização de um princípio constitucional não é em si o *bem jurídico* tutelado pelos tipos penais. É preciso assim identificar o seu real substrato, o dado ou valor extraído da realidade que, por sua importância e significado, demanda a intervenção jurídica, inclusive por meio da elaboração de princípios.³³

De outra parte, não raro se verifica uma menção ampla aos diversos bens jurídicos tutelados especificamente nos tipos penais, em conjunto, para identificar o substrato geral existente nos delitos licitatórios. De acordo com esse entendimento, na Lei 8.666/1993 identifica-se uma objetividade jurídica ampla a partir dos exemplos específicos: “a moralidade administrativa (art. 89), a regularidade do procedimento licitatório (art. 94) e o patrimônio público (art. 96)”.³⁴

Não obstante seja perfeitamente plausível destacar os bens jurídicos em sentido técnico tutelados nos delitos em espécie, inclusive como expressões do próprio bem jurídico *categorial*, é também possível separá-los como realidades distintas, conquanto estreitamente relacionadas.

Para tanto, é preciso extrair das condutas típicas previstas na Lei 8.666/1993 um ponto em comum, um objetivo maior de tutela que contemple todos os bens jurídicos específicos ou técnicos de que tratam os crimes em espécie.

Em tais tipos penais, as condutas reprováveis relacionam-se à quebra de regularidade dos procedimentos licitatórios, por desatender às

³³ Nesse sentido, por exemplo, compreendendo o princípio da obrigatoriedade de licitação como bem jurídico a ser assegurado pelo delito do artigo 89 do Diploma licitatório, MEIRELLES, H. L. *Licitação e contrato administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 188.

³⁴ GASPARINI, D., op. cit., p. 25.

formalidades indispensáveis que visam garantir a idoneidade das contratações públicas, patrocinar interesses privados ao invés dar prevalência ao interesse público, impedir o acesso igualitário de qualquer interessado ao procedimento, ou, mesmo durante a execução do contrato, violar regras constantes do ato convocatório ou do próprio instrumento contratual.

Em razão disso, e tendo em vista que as contratações públicas, ou seja, realizadas pelo Estado Administração, têm por escopo satisfazer o interesse público, é pertinente inferir que as licitações e os contratos administrativos devem atender a regularidade formalmente exigida por normas administrativas, que objetivam assegurar a confiança na atuação administrativa e, em última instância, o próprio patrimônio público.

O Direito Penal se restringe a intervir diante das agressões mais graves ao regular funcionamento da Administração Pública no âmbito da contratação, no procedimento licitatório ou já em fase de execução contratual, ainda que não se verifique efetivo dano patrimonial à Administração.³⁵

Em remate, infere-se que o bem jurídico-penal tutelado nos delitos licitatórios é a Administração Pública, no que tange ao regular (probo, correto e imparcial) funcionamento e disposição das contratações públicas, em que há exigência de procedimento licitatório, em observância aos preceitos (constitucionais e infraconstitucionais) que regem a atividade pública.

³⁵ Sobre a (des)necessidade de se verificar dano ao patrimônio público para configuração típica do artigo 89 da Lei 8.666/1993, vide LEITE, A. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993). Interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do gestor público e a relevância jurídica da opinião técnica da procuradoria do Município (STF, Inq 2.482). *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 104, p. 13-30. 2013, p. 14.

Conclusões principais

No intento de coibir o desvirtuamento da atividade administrativa pública, o ordenamento jurídico utiliza alguns instrumentos específicos, tais como o procedimento licitatório e as próprias regras de contratação.

A licitação como o antecedente necessário do contrato administrativo, ou seja, o instrumento de controle seletivo hábil a preparar o futuro ajuste, para que se possa escolher, em meio a diversos interessados, aquele detentor da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, de conseguinte, para o próprio interesse coletivo.

Nesse contexto, o legislador antevê possíveis irregularidades tanto na elaboração do procedimento licitatório, quanto na execução do contrato e atribui às condutas que apresentam tais irregularidades sanções administrativas e penais.

Diante das agressões mais graves à regularidade da licitação e do próprio contrato administrativo, deve intervir o Direito Penal por meio da elaboração de tipos penais e atribuição das correspondentes sanções.

Para tanto, em consonância com a diretriz majoritária de que os tipos penais se voltam à proteção de bens jurídicos essenciais ao homem e à sociedade, e não devem se limitar a estabelecer mandamentos e proibições destinados a impor um dever de obediência cego e sem conteúdo aos cidadãos, é preciso identificar qual é o dado real, cuja importância fundamenta a intervenção penal.

Destaca-se que, nos delitos licitatórios, é possível vislumbrar a existência de um bem jurídico *categorial*, presente em todos os tipos penais, e os respectivos bens jurídicos em sentido técnico, estes últimos, de sua vez, particularizados em cada um dos delitos em espécie.

Depreende-se enfim que a tutela penal das licitações se destina à proteção da Administração Pública, essencialmente no âmbito da regularidade, moralidade, imparcialidade e igualdade de acesso às contratações públicas que demandam a realização do procedimento licitatório. É preciso reiterar que a constatação de um bem jurídico em sentido categorial não afasta a possibilidade de se identificar, em cada um dos crimes licitatórios, um bem jurídico específico protegido.

Referências bibliográficas

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

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo:Atlas, 2015.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Juriscredi, s/d.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na lei de licitações*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2013

- GASPARINI, Diogenes. *Crimes na Licitação*. 2 ed. São Paulo: NDJ, 2001.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993). Interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do gestor público e a relevância jurídica da opinião técnica da procuradoria do Município (STF, Inq 2.482). *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 104, p. 13-30. 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Direito Administrativo brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MUKAI, Toshio. *Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7 ed. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: RT, 2014, v. 7.
- _____. *Direito Penal do ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.