

Advocacia administrativa em licitações

Sandro Luiz Nunes*

Sumário: 1. Conceito – 2. Objeto jurídico – 3. Elementos do Tipo – 3.1 Ação nuclear – 3.2 Sujeito Ativo – 3.3 Sujeito Passivo – 4. Tentativa – 5. Elemento subjetivo – 6. Concurso de agentes – 7. Juizado Especial Criminal – 8. Ação Penal e procedimento processual – 9. Jurisprudência.

Tipo penal

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

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

1. Conceito

O patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública não é algo novo, podendo-se dizer que é até rotineiro. Qual administrador nunca recebeu em seu gabinete representante de empresas privadas interessadas em demonstrar seu produto ou oferecer seus serviços sob a justificativa de que a contratação acarretaria um benefício para o Poder Público? Quantas vezes escritórios, associações, fundações e organizações das mais variadas espécies não lograram contratar mediante a oferta de seus serviços mediante este expediente? Seria ilegal esta prática tão observada no dia-a-dia da administração pública? A princípio, entende-se que não há nada de ilegal nesta

prática, pois, afinal, como a Administração conhecerá o que o mercado tem de melhor a oferecer? Como ter acesso aos últimos lançamentos tecnológicos sem que haja a apresentação do produto aos agentes públicos? De certo modo, o interesse público não se satisfaria com a contratação de um bem ultrapassado tecnologicamente, ou um serviço a ser executado mediante o emprego de técnicas desenvolvidas 20 ou 30 anos atrás, sabendo-se que existem outras mais modernas, mais eficazes e mais seguras sob o ponto de vista da coletividade.

Afirmamos que a princípio não haveria nada de ilegal, mas vamos com calma, pois há que se considerar o sujeito, a forma e o objetivo em que estas práticas são promovidas.

Quanto à forma, é de se reputar ilegal, quando o particular, com o objetivo de ver contratado o seu bem ou o seu serviço, oferece dinheiro ou qualquer outra vantagem ao agente público. Neste caso, é claro que há conduta ilícita.

Assim como também o seria, se o objetivo do patrocínio fosse somente fazer com que a Administração contratasse um bem ou serviço que não atendesse ao interesse público, tal como contratar um bem que ostentasse defeito de fabricação ou de qualidade que o impedisse a atender a necessidade que a administração pretende satisfazer. O interesse privado não poderá se sobressair ao interesse público, o interesse da coletividade, detentora do poder de dirigir e comandar o Estado brasileiro.

Quanto ao sujeito que patrocina o interesse perante a administração, o art. 91 da Lei nº 8.666/93, expressamente tipifica com crime a conduta do agente público que procura incutir no âmbito da administração um interesse que a ele tenha relevância, em detrimento do interesse público que deve nortear toda a conduta do gestor. Utilizar-se da máquina pública para satisfazer seus próprios interesses, isto não lhe é permitido, sob o ponto de vista jurídico, repercutindo em sua atuação funcional, civil e penal.

2. Objeto jurídico

Para os efeitos do art. 91 da lei n. 8.666/93, advogar, em essência, importa em tomar partido de uma causa e apresentá-la, defendê-la perante terceiros, no caso, defender interesse privado perante o órgão licitante.

Com a incriminação busca-se proteger a Administração Pública da parcialidade de seus agentes na escolha do contratado, pois, regra geral, a contratação deve ser precedida de licitação em observância ao princípio da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa, prevista na Constituição Federal e nas regras que regulam a atividade estatal.

O professor Vicente Greco Filho ensina que o objetivo da norma é defender "a moralidade administrativa e o dever jurídico de o funcionário atuar em favor do interesse público e não de interesses privados" [01]. Jesse Torres Pereira Junior acrescenta a defesa do patrimônio público [02] entre o objetivo da norma penal em comento.

A conduta viola a regularidade administrativa exigida pela sociedade, onde se espera que os interesses defendidos pelos agentes públicos sejam aqueles que reflitam a necessidade coletiva, e não apenas a do próprio agente ou de terceiras pessoas a este ligadas.

3. Elementos do tipo

3.1. Ação nuclear

O verbo núcleo do tipo penal é patrocinar, que quer significar, a conduta de promover, defender, favorecer interesse próprio, de natureza privada, perante a Administração Pública, ocasionando a instauração de licitação ou à celebração de contrato.

Há um elemento especializante neste tipo em cotejo com o previsto no art. 321 do Código Penal. Neste o agente público pode defender interesse visando a qualquer fim privado. Naquele, o interesse privado deve canalizar-se para a

instauração de licitação ou para celebrar, firmar contrato com a administração Pública.

A advocacia privada para ser considerada ilegal não necessita ser no próprio órgão ou setor onde o agente público está lotado, mas deve estar de alguma forma ligada com a função por ele exercida, pois a norma visa proteger a moralidade administrativa, a lisura do procedimento licitatório, o qual não deve servir de aparato para o exercício de interesses de natureza estranha ao perseguido pela Administração Pública. Assim, se o agente está lotado na Universidade Federal, exercendo cargo de nível médio com atuação na área administrativa, e procura o dirigente da Fundação Nacional da Saúde, apresentando-se como instrutor particular, sem qualquer vinculação com a instituição onde trabalha e com o fito de promover um treinamento de capacitação em licitações públicas aos servidores desse órgão, ainda que esteja priorizando um interesse seu, qual seja, auferir recursos financeiros com a prestação do serviço que pretende contratar, não haveria irregularidade suficiente para ser considerada como crime á luz do art. 91 da Lei n. 8.666/93, posto que não estaria se valendo de seu qualidade de servidor, nem aproveitando-se de facilidade decorrente do cargo que ocupa. Poderia haver implicações de ordem funcional, a ser dirimido no âmbito da própria Administração, de acordo com a Lei n. 8.112/90. Crime não haveria em um caso como este.

A doutrina não escapa a esta idéia. Vicente Greco Filho, professor a quem rendemos nossas homenagens, leciona que se "eventualmente funcionário, atua perante a Administração, sem qualquer vínculo com sua função, que pode ser remota e sem vínculo com a pretensão, não pratica nenhuma conduta reprovável" [03].

Todavia, existe posição contrária, no sentido de que não importa se o agente se utiliza de qualquer facilidade decorrente de sua função ou cargo público. O professor Guilherme de Souza Nucci manifestou seu entendimento no sentido de que "o art. 91 da Lei 9.666/93 dispensa essa condição. Logo, para a configuração do crime, basta que o servidor público – conhecido ou não dos

outros funcionários; fazendo uso de informes privilegiados ou não – busque beneficiar terceiros perante os interesses estatais" [04].

3.2. Sujeito Ativo

Trata-se de crime próprio, onde o sujeito ativo é o agente público. O tipo não exige que este agente seja o responsável pela realização dos atos que compõem o procedimento licitatório, assim, não está restrita aos membros de comissão de licitação, ou ao pregoeiro, ou a qualquer outro agente administrativo lotado em algum dos setores por onde o processo tramitará no âmbito interno do órgão licitante. Qualquer agente público que se valha de qualquer facilidade funcional ou pessoal para fazer prevalecer seu interesse privado ou de terceiros perante a administração, poderá ser autor do crime previsto no art. 91 da Lei n. 8.666/93. Também não se faz necessário que o agente exerça suas atividades no setor onde ocorreu a defesa do interesse combatido pela norma, bastando que o agente possa de forma direta ou indireta, beneficiar-se de qualquer jeito na decisão administrativa de contratar aquilo que a princípio visa satisfazer o interesse do agente público e não o da coletividade.

O professor Vicente Greco Filho vai mais além e leciona que "se o agente não era funcionário e patrocinava interesse privado, mas, posteriormente, vem a ser nomeado agente público e prossegue na intermediação, incide na infração" [05]. No mesmo sentido, Paulo José da Costa Junior alude que sujeito a ativo é o "funcionário público que patrocina interesse privado perante a Administração Pública. Pouco importa que não o fosse quando tivesse início à conduta delituosa, se, uma vez nomeado, nela persistiu" [06].

Note-se que para ambos, incidirá o tipo somente se o agente público praticar outros atos após a sua nomeação que venha a corroborar, fortalecer os atos anteriormente praticados, caso contrário não haverá como incriminá-lo. Assim, o momento do crime não seria aquele em que pela primeira vez foi advogado o interesse privado perante a administração, mas sim, aquele em que o agente

praticara qualquer ato positivo após ter se vinculado com a administração, o qual se dá após a sua investidura no cargo, emprego ou função pública.

3.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é qualquer uma das pessoas jurídicas de direito público interno, ou seja, qualquer um dos entes políticos da Federação, englobando os órgãos que compõe a administração direta e indireta, organizadora da licitação em que se defende o interesse privado.

4. Momento Consumativo

De todos os tipos penais previstos na Lei n. 8.666/93, sem dúvida o art. 91 é o que necessita de urgente modificação legislativa para ter aplicabilidade prática, pois da forma como está posto, constitui uma norma penal de rara eficácia.

A norma visa proteger os princípios basilares da administração pública, dentre os quais a isonomia entre os interessados em contratar com o Poder Público, a impessoalidade na condução dos atos destinados à selecionar o candidato à contratação e o da moralidade administrativa inerente a toda atividade desenvolvida na Administração Pública.

O agente público que no exercício de suas funções patrocina seus próprios interesses em desprezo aos de toda a sociedade, procurando impor à Administração Pública a contratação de seus produtos ou serviços, por si só, já ofende os bens que a norma visa proteger, e desta forma, já estaria sujeito à uma pronta e eficaz resposta do aparelho estatal, sobretudo o penal.

Contudo, a norma tal como prevista no art. 91 da Lei n. 8.666/93, exige algo a mais. Exige algo estranho ao dolo do agente, pois somente se configurará o crime se houver a invalidação da licitação ou do contrato pelo Poder Judiciário.

Assim, da forma como está prevista, não basta ao agente ter o dolo de patrocinar interesse privado dando causa à licitação ou a contrato com a

Administração Pública, posto que somente restará preenchidos todos os requisitos se a licitação ou o contrato for invalidado pelo Poder Judiciário. Grande absurdo legislativo. Primeiro, por exigir que o ato ilegal tenha que ser invalidado perante o Poder Judiciário, o que quer significar, num grande fator de impunidade, num país onde a credibilidade das normas penais é posta à prova a toda hora, pois se considerarmos que o crime somente se consumaria com a invalidação da licitação ou do contrato pelo Poder Judiciário, inconstitucional seria a norma, pois não se afigura razoável que o início do prazo prescricional fique indefinidamente a critério da atuação do próprio Poder Público, no caso, do julgamento definitivo com trânsito em julgado da decisão que considerou inválida a licitação ou o contrato administrativo.

Aliás, a decisão emitida pelo juízo cível vincularia a decisão no juízo penal acerca da ilegalidade de origem quando do patrocínio ilegal de interesses privados perante a Administração Pública? Ou somente o juízo penal poderia enfrentar a matéria e analisar o mérito de legalidade do ato praticado pelo agente? Se o juízo cível decretar que o ato é ilegal por vício na origem, poderá o juízo criminal dizer que não há tal ilegalidade, e assim, decidir por julgar improcedente a denúncia formulada com fundamento no art. 91 da Lei n. 8.666/93?

Para nós, considerando a lição de Mariana Becker, quando afirma que "nos casos em que a punibilidade depende da verificação de uma condição, considera-se o delito consumado quando o evento proibido se verifica, e não quando da ocorrência da condição" [07], assim, o tipo do art. 91 da Lei n. 8.666/93 estabelece uma condição de procedibilidade. Logo, a invalidação pelo Poder Judiciário não poderia ser a do juízo criminal, mas sim a do juízo cível.

Por esta razão, o crime de patrocínio de interesse privado em matéria de licitações públicas depende de prévia investigação perante o juízo cível, seja em ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, ou qualquer outro instrumento em que se possa comprovar que a ilegalidade da licitação ou da contratação decorre do patrocínio de interesse privado do agente público. Aliás, este ato é estranho ao dolo do agente e sem qualquer ligação, é um plus em

que o legislador inseriu e inviabilizou a incriminação pretendida, de modo que a norma serve para alimentar a impunidade que permeia diversos setores da sociedade brasileira.

Apesar deste fato, cumpre deixar esclarecido que o tipo penal, ainda que com muito esforço e colaboração do agente e do Poder Judiciário em analisar os atos licitatório a fundo, o que é praticamente impossível diante do gigantesco volume de recursos públicos movimentados dia-a-dia, tem-se que o crime começaria a se desenhar com a prática do ato inequívoco do agente em patrocinar, defender, advogar, direta ou indiretamente, seu interesse diante da administração fazendo-a instaurar licitação ou promover a contratação ilegal. Contudo, para os efeitos do art. 91 da Lei n. 8.666/93, a consumação do crime somente ocorrerá a partir do momento em que o Poder Judiciário (juízo cível) se manifestar sobre a sua ilegalidade, de maneira definitiva, ou seja, a partir do trânsito em julgado da decisão. Assim, o crime se verificaria no momento em que o agente praticara a defesa de seu interesse perante a Administração Pública, mas somente poderia ser perseguido em juízo após a invalidação do ato pelo Poder Judiciário.

5. Tentativa

A questão da configuração da tentativa é matéria bem controvertida na doutrina. Paulo José da Costa Junior, entende que será admissível a tentativa [08]. Já, Vicente Greco Filho, possui entendimento contrário, afirmando que o tipo do art. 91 da Lei n. 8.666/93 "não comporta tentativa, porque o conatus é incompatível com a estrutura do tipo" [09] (p. 84). No mesmo sentido, Jesse Torres Pereira Junior entende ser "inadmissível, ante a elementar condicional de invalidação do ato por decisão judicial, pois tal circunstância pressupõe o integral esgotamento do processo de execução do crime" [10].

Para nós, o tipo permite a interrupção do iter criminis, de modo que resta possível a sua configuração, ainda que possa ser muito difícil a sua configuração prática, haja vista que se trata de crime material em que a questão da invalidação do Poder Judiciário deve ser considerada como

condição de procedibilidade, e não como fator condicionador da consumação do tipo penal. Como hipótese de tentativa, pode-se visualizar a interceptação da correspondência encaminhada pelo servidor público para o setor competente da área de licitações e contratos do órgão onde atua, noticiando seu interesse de contratar com o poder público, de modo que o patrocínio não venha a dar causa à instauração de licitação ou contrato com a Administração Pública.

6. Elemento Subjetivo

O sujeito ativo deve atuar consciente e livremente com vistas a patrocinar o seu interesse, pessoalmente ou se valendo de terceiros, perante a administração pública onde atua ou tenha influência, com vista a instaurar licitação ou firmar contratação escrita ou verbal com o Poder Público. É o dolo genérico, segunda da doutrina penal.

O dolo do agente deve considerar que a sua conduta é ilegal, que afronta as normas regulamentares das licitações públicas, normas de caráter administrativo-funcional e a norma penal. Não sendo necessária ter em mente todas as regras, mas o agente deve conhecer, ao menos potencialmente, de que a sua conduta de patrocinar seu interesse é vedado pelo ordenamento jurídico. Contudo, entendemos que não há necessidade de o dolo abranger a questão da futura invalidação pelo Poder Judiciário, pois não é dado exigir algo que a ninguém é dado conhecer, isto é, não se deve exigir que o sujeito venha a saber que o seu ato será invalidado pelo Poder Judiciário, pois, se o soubesse de antemão, não realizaria o ato ilegal. Ninguém pratica um crime sabendo de antemão que irá ser penalizado. Esta é uma possível e desejável consequência, mas não pode ser considerado como fato integrante do dolo. No dolo deve o agente ter conhecimento de que patrocina ilegitimamente o seu interesse privado perante a administração, com o intento de instaurar licitação ou de ver-se contratado, nada mais.

Entretanto, é de se destacar que Vicente Greco Filho, leciona que "para que não se reconheça a existência de responsabilidade objetiva, deve estar na

consciência do agente a futura invalidação pelo Poder Judiciário, pelo menos em caráter eventual" [11].

Ademais, para aqueles que exigem o dolo de futurologia, tal como exigir que o agente tenha pleno conhecimento de que a licitação ou o contrato por ele patrocinado será invalidado pelo Poder Judiciário, mais uma vez surge a crítica ao tipo penal descrito no art. 91 da Lei n. 8.666/93 por entenderem que haveria no tipo uma hipótese de responsabilidade objetiva, o que é vedado pela Constituição Federal.

7. Concurso de agentes

Na doutrina prevalece a idéia de que pode haver a participação de particulares aliando-se ao agente público na prática do crime previsto no art. 91 da Lei n. 8.666/93, aplicando-se as normas descritas nos art. 29 e 30 do Código Penal. Paulo José da Costa Junior entende que "o particular poderá participar do delito, auxiliando o intraneus na prática ilícita, induzindo-o ou instigando-o a ela" [12].

8. Juizado Especial Criminal

Trata-se de ação penal pública incondicionada. O rito procedimental será aquele descrito na Lei n. 9.099/95, para os crimes de competência da justiça estadual. No âmbito da Justiça Federal, aplicar-se a disciplina da Lei n. 10.259/01, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, considerando que a pena descrita no tipo é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, admitindo-se a conciliação, a transação e a suspensão condicional do processo.

Referência das fontes pesquisadas.

ALCOFORADO, Luiz Carlos. Licitação e Contrato Administrativo, 1ª ed., 1998.

BECKER, Marina. Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004

BERTONCINI, Mateus. Ato de improbidade administrativa. 15 anos da lei 8.429/1992. São Paulo: RT, 2007.

BITTENCOURT, Sidney. Licitação Passo a Passo, 4ª ed., Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte geral. vol. 1, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO. Paulo Magalhães da Costa. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva: 2004.

COSTA JR., Paulo José da. Direito penal das licitações. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

DA SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson e GENOFRE, Fabiano. Leis penais anotadas. 10ª ed., Campinas: Millennium, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 6ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crimes na lei de licitações. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista. D'AVILA, Vera Lúcia Machado. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diogenes. Crimes na licitação. 2ª ed. ver. e atualizada. São Paulo: NDJ, 2001.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes, Licitação e contratado administrativo. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. Manual de direito penal. Parte geral. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES. Alexandre de. Direito constitucional. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MUKAI, Toshio. Licitações e contratos públicos. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. São Paulo: Dialética: 2003.

NUCCI. Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4ª ed., São Paulo: RT, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 5ª ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

ROSA, Alexandre. NETO, Affonso Ghizzo. Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal. Conexões necessárias. Florianópolis: Habitus, 2001.

Notas

1. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.
2. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 5ª ed., Rio de Janeiro -São Paulo: Renovar, 2002, p. 836.
3. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.
4. Leis penais e processuais penais comentadas, São Paulo, RT, 2006, p. 447 apud Vicente Greco Filho, p. 80, nota de rodapé n. 145.
5. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81-82.
6. Direito penal das licitações. Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.
7. BECKER, Marina. Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 66.
8. Direito penal das licitações. Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.
9. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.
10. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 5ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 839.
11. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.
12. Direito penal das licitações. Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

* advogado em Florianópolis (SC), auditor fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, pós-graduando em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí (SC), diretor jurídico do Sindicato dos Auditores Fiscais de Controle Externo do Estado de Santa Catarina (Sindicontas/SC)

Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12620>

Acesso em: 18 abr.2009.