



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Matheus Miranda de Oliveira

**A EXIGÊNCIA DO ESPECIAL FIM DE AGIR NO CRIME DO ART. 89, *CAPUT*, DA  
LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 1993, EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA  
OFENSIVIDADE.**

Belo Horizonte  
2017

Matheus Miranda de Oliveira

**A EXIGÊNCIA DO ESPECIAL FIM DE AGIR NO CRIME DO ART. 89, *CAPUT*, DA  
LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 1993, EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA  
OFENSIVIDADE.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen.

Área de concentração: Direito Penal.

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA  
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48e Oliveira, Matheus Miranda de  
A exigência do especial fim de agir no crime do art. 89, caput, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, em observância ao princípio da ofensividade / Matheus Miranda de Oliveira. Belo Horizonte, 2017.  
105 f.

Orientador: Guilherme Coelho Colen  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Licitação pública – Crime. 2. Crime contra a administração pública. 3. Leis - Constitucionalidade. 4. Direito subjetivo. 5. Improbidade administrativa. 6. Moralidade administrativa. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.35

Matheus Miranda de Oliveira

**A Exigência do Especial Fim de Agir no Crime do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, em Observância ao Princípio da Ofensividade.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

---

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen (Orientador) - PUC Minas

---

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas

---

Prof. Dr. Wladimir Rodrigues Dias – ELE ALMG

---

Prof. Dr. José Boanerges Meira – PUC Minas

Belo Horizonte, 09 de março de 2017.

*À Manuela.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado, na pessoa de Jesus Cristo, a salvação e por ser a fonte de toda bondade, sabedoria e dom perfeito. Sem Ele, eu não sou nada.

À minha esposa e amiga Daniela, que conheci no início dessa jornada e que estará eternamente ao meu lado.

Aos meus amados e lindos pais, Mário e Sônia, por terem acreditado que eu chegaria até aqui.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen, que, com fineza e inteligência inigualáveis, me conduziu por essa pesquisa.

*“Em suma: interpretar é descobrir o sentido correto dos textos normativos vigentes. Esse sentido, contudo, não está apenas na literalidade; boa parte do sentido normativo está implícito.”*

(Ricardo Marcondes Martins)

## RESUMO

A presente dissertação analisa o elemento subjetivo do tipo do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993. A investigação tem por objetivo questionar se o delito em questão exige, para consumir-se, tão somente da presença do dolo genérico, isto é, vontade de praticar a conduta típica, ou se deve haver um estado anímico específico por parte do agente público de ferir a moralidade administrativa. A discussão perpassa, inicialmente, pela apresentação das teorias justificadoras da pena, bem como pela análise da vinculação existente entre punição e ofensa a bens jurídicos penalmente relevantes. Em um segundo momento, integrará a discussão a análise dos elementos subjetivos, objetivos e normativos dos tipos penais, dando-se maior enfoque aos elementos subjetivos específicos. Após, serão realizadas considerações acerca do bem jurídico protegido nos crimes de licitação e a relevância social alcançada por ele após a Constituição da República de 1988. Com todo o arcabouço teórico delineado, extrai-se da investigação que o delito em questão possui no tipo um elemento subjetivo específico implícito.

Palavras-chave: Elemento subjetivo implícito. Crimes de licitação. Agente público ímprobo. Moralidade Administrativa.

## ABSTRACT

The present dissertation analyzes the subjective element of the type of art. 89, *caput* of Federal Law nº 8.666, of 1993. The purpose of the investigation is to question if the type requires, to be consummated, only the presence of generic malice, that is, the desire to practice the typical conduct, or there must be a specific state of mind of the public agent to injure the administrative morality. The discussion is based, initially, on the presentation of the theories justifying the sentence, as well as on the analysis of the link between punishment and offense to criminally relevant juridical goods. In a second moment, the discussion will integrate the analysis of the subjective, objective and normative elements of the criminal types, giving a greater focus to the specific subjective elements. Afterwards, considerations will be made about the legal good protected in the crimes of bidding and the social relevance achieved by him after the Constitution of the Republic of 1988. With all the theoretical framework delineated, it is extracted from the investigation that the crime in question owns one specific subjective element implicit.

Keywords: Subjective element implicit. Crimes of bidding. Corrupted public agent. Administrative morality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>17</b>
<b>2 A JUSTIFICAÇÃO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO</b> .....	<b>19</b>
2.1 As teorias justificadoras do poder punitivo do Estado .....	20
2.2 O utilitarismo “partido ao meio” de Luigi Ferrajoli .....	21
2.3 A lei como técnica de tutela dos direitos fundamentais.....	23
2.4 A escolha dos comportamentos desviantes sujeitos a punição e a necessidade proteção de bens jurídicos .....	25
<b>3 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO CONDICIONANTE PARA A LEGITIMAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>33</b>
3.1 Terminologia.....	33
3.2 Gênese da ofensividade .....	34
3.3 Definição e momentos de utilização do princípio da ofensividade .....	35
3.4 A análise da ofensividade como reforço da ideia de fragmentariedade do Direito Penal .....	39
3.5 Condições para análise da ofensividade .....	41
<b>4 A ESTRUTURA DOS TIPOS DOLOSOS</b> .....	<b>45</b>
4.1 Elementos intelectualivo e volitivo da ação dolosa .....	45
4.2 Elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo.....	47
<b>5 BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES DE LICITAÇÃO</b> .....	<b>55</b>
5.1 A Constituição República Federativa do Brasil de 1988.....	56
5.3 As situações excepcionais da dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório .....	62
<b>6 A ESTRUTURA TÍPICA DO DELITO DO ART. 89, CAPUT, DA LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 1993</b> .....	<b>65</b>
6.1 O bem jurídico protegido no delito do art. 89, caput, da Lei Federal nº 8.666, de 1993 .....	66
6.2 Elementos objetivos e elemento normativo do tipo penal do art. 89, caput, da Lei Federal nº 8.666, de 1993.....	67
6.2.1 <i>A dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei.</i> .....	67
6.2.2 <i>A inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei.</i> .....	69
6.3 Elemento subjetivo do tipo penal do art. 89, caput, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, e a análise da Ofensividade .....	70
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>79</b>
<b>ANEXO 1</b> .....	<b>85</b>
<b>ANEXO 2</b> .....	<b>99</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado busca coibir a prática de condutas ofensivas a valores sociais nobres, delineados de bens jurídicos. O indivíduo que pratica algum desses comportamentos sujeita-se a uma pena, que é uma restrição momentânea de direitos fundamentais.

No atual cenário brasileiro, a moralidade administrativa e a probidade dos agentes públicos revelam-se como bens jurídicos de elevada nobreza, razão pela qual diversos dispositivos penais foram criados na busca de protegê-los. Os delitos perpetrados por agentes públicos vêm ganhando espaço nos noticiários, que, em muitas situações, dão publicidade a complexos esquemas de corrupção que desviam grandes somas de verbas públicas, causando perplexidade e indignação social.

Um dos comportamentos desviantes na legislação brasileira é a dispensa ou inexigibilidade irregular de licitação pública, previstas no art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

O tipo em questão não prevê, de maneira explícita, um estado anímico específico que deve mover o agente público na prática da conduta, isto é, o delito não apresenta no tipo nenhum especial fim de agir explícito.

Nesse passo, o objetivo deste trabalho é analisar se a conduta prevista no referido tipo doloso, deve, ou não, vir acompanhada de uma vontade específica do agente público em comportar-se de maneira ímproba.

O trabalho discorre, inicialmente, acerca das teorias justificadoras do poder punitivo do Estado e a função protetora de bens jurídicos que compete ao Direito Penal.

Após, o estudo passa pela análise do Princípio da Ofensividade, delimitando a gênese, conceituação e momentos de utilização desse verdadeiro filtro, que retira do Direito Penal as situações as quais o bem jurídico protegido pelo tipo não tenha sido violado ou não tenha sofrido perigo de lesão. É interessante ressaltar que a análise da ofensividade reforça a ideia de fragmentariedade do Direito Penal, haja vista que o princípio retira do âmbito de atuação desse ramo do Direito aquelas situações as quais o bem jurídico protegido não tenha sido, ao menos, exposto a perigo de violação.

Posto isso, a pesquisa faz uma análise da estrutura dos tipos dolosos, apresentando considerações acerca dos seus elementos objetivos, subjetivos e normativos, dando-se maior enfoque na análise do chamado elemento subjetivo específico, também conhecido como dolo específico ou especial fim de agir. Sobre

esse ponto, será enfrentada a celeuma acerca da (des)necessidade desse elemento estar explícito nos tipos penais.

Em seguida, são apresentadas considerações acerca do bem jurídico dos chamados “crimes de licitação”, que são as figuras típicas trazidas na Lei Federal nº 8.666, de 1993. A análise desse bem jurídico perpassará pela interpretação do que a realidade social brasileira, a partir da Constituição da República de 1988, pontuou acerca da moralidade administrativa e da lisura dos procedimentos licitatórios.

Adiante, com a utilização de todo o arcabouço teórico delineado no trabalho, será analisada a estrutura típica do delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993. Pela análise do bem jurídico protegido pelo tipo e por circunstâncias particulares do procedimento licitatório, serão tecidas considerações acerca da existência de um especial fim de agir implícito no delito em questão.

Por fim, pretende-se, com a presente investigação, fornecer reflexões que possibilitem interpretar o delito em questão de maneira mais compatível com o Princípio da Ofensividade, reforçando, assim, o caráter subsidiário do Direito Penal.

## 2 A JUSTIFICAÇÃO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

Os conflitos sociais estão presentes em toda a história da humanidade. O Direito, por sua vez, surge como uma proposta de regularização das formas de resolução dessas situações.

Se, em um primeiro momento, os atritos já foram resolvidos pelo uso da Lei de Talião<sup>1</sup>, atualmente a construção do ideal de justiça<sup>2</sup> perpassa pelo respeito aos direitos fundamentais. Esse entendimento busca evitar as ferocidades<sup>3</sup> que podem ser cometidas nas reações aos atos delitivos, garantindo-se certa proporcionalidade e limite.

Além dessa proposta de resolução de conflitos, o ordenamento jurídico tem a função de elencar as condutas proibidas em uma determinada comunidade que, se praticadas, sujeitam ao indivíduo a uma pena imposta pelo Estado. Com isso, busca-se o desestimular a prática dessas condutas indesejadas, que ofendem valores nobres reconhecidos pela realidade social.

Como há uma restrição, mesmo que momentânea, de direitos fundamentais do apenado quando é alvo da punição, diversas teorias tentam justificar essa atitude

---

<sup>1</sup> Lei de Talião: é a lei mais antiga já registrada de forma escrita. Segundo conceitua Melina Duarte, “o que a expressão ‘olho por olho, dente por dente’ nos revela, antes, a ideia da necessidade de se obter uma exata medida entre a negação e a restituição da justiça. A própria palavra Talião, que vem do latim talio, significa ‘tal’ ou ‘igual’ e reforça essa tese, ao menos teórica, de equilíbrio. O problema é que nós não encontramos na prática esta mesma clareza da teoria e, por isso, a Lei de Talião assumiu posições bem mais próximas de cada extremidade do que da exata medida que se buscava. Dessa forma, no decorrer da história ela permitiu prolongamentos ou demasiado agressivos, como na postura descrita no Antigo Testamento, ou demasiado passivos, como no Novo Testamento”. (DUARTE, 2009, p. 7)

<sup>2</sup> Justiça: Para Platão, certos conhecimentos são necessários para a instituição de um Estado, o mais perfeito possível, regido por governantes sábios e justos. Diante da dúvida sobre se este Estado planejado é possível ou não e, se possível, quais são suas condições de realização (*República*, 472a) Platão subordina essa realização à *justiça* e moralidade dos membros da polis e do caráter de seus cidadãos. Daí sua célebre teoria dos governantes-filósofos, qualificados assim por seu grau de conhecimento e disposição racional para suas ações, pois a moralidade contribui para o fortalecimento da justiça apenas quando se associa a certos conteúdos cognitivos indissolavelmente ligados a uma prática racional. Ao exercício do governo só chegam pessoas qualificadas com conhecimentos específicos e capacidades morais, dotadas de uma peculiar disposição racional. (MEDEIROS, Alexandre. *A Justiça e a constituição do Estado na República de Platão. Consciência Política*, 2015, p. 1)

<sup>3</sup> Acerca das ferocidades cometidas em punições, Ferrajoli sublinha que “a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 310)

punitiva, cada qual trazendo um aspecto relevante para a compreensão dessa função estatal.

## 2.1 As teorias justificadoras do poder punitivo do Estado

O poder punitivo do Estado pode ser justificado sob diversas teorias. Cada qual sob determinado raciocínio, essas teorias fundamentam a punição estatal e rechaçam teorias abolicionistas<sup>4</sup>, isto é, entendimentos científicos que não visualizam nenhuma legitimidade na pena.

As propostas justificadoras podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias absolutas, que consideram a punição um fim em si mesma; teorias relativas, que entendem a sanção estatal como um meio para a realização de algum fim. Quanto as primeiras, a punição é vista como castigo ou como retribuição pelo delito cometido. Já nas segundas, o ato de punir é considerado como ferramenta para prevenção de novos delitos.

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação”, ou, ainda, “retribuição do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.<sup>5</sup>

Sêneca adjetivou a diferença entre as teorias absolutas e relativas sob uma perspectiva temporal. Para ele, as teorias absolutas dizem respeito ao passado. Lado outro, as teorias relativas referem-se ao futuro.<sup>6</sup> Nessas últimas, há um fim a ser

---

<sup>4</sup> Acerca das teorias abolicionistas, sintetiza Ferrajoli que “o abolicionismo penal constitui um conjunto um tanto heterogêneo de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, cuja característica comum é a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviação. Os pressupostos filosóficos e as perspectivas políticas de tais orientações são os mais diversos e vão desde o mito criado no século XVIII do “bom selvagem” e da ultrapassada e feliz sociedade primitiva sem direito, até as configurações anárquicas e marxistas-leninistas do “homem novo” e da perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apologéticas da deviação e da sociedade desregrada e livremente violenta àquelas renovadoras do final da deviação e da sociedade perfeitamente autorregulamentada e pacificada”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 232)

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 236.

<sup>6</sup> SENECA. De Ira. Livro I, Cap. XIX. In: R. Del Re, Zaniechelli, (coord) **Operette morali**, Bologna, 1977, vol II, p. 50.

perseguido com a punição, ao contrário das primeiras, que visam castigar uma conduta danosa ocorrida anteriormente.

Por possuírem uma visão para o futuro, as teorias relativas também podem ser chamadas de utilitaristas, pois veem uma finalidade útil para a punição. Lado outro, as teorias absolutas podem também ser identificadas como retributivistas, haja vista essa vinculação com castigo de fatos ocorridos.

As teorias utilitaristas ainda são subdivididas em dois grupos, a saber, teorias (relativas) da prevenção geral e teorias (relativas) da prevenção especial. As primeiras entendem que a finalidade inibidora que é projetada pela pena alcançará somente a pessoa do delinquente, isto é, aquele que sofreu a punição. Já as segundas, preconizam que essa função de prevenção de delitos acabará desestimulando comportamentos desviantes em toda a sociedade.<sup>7</sup>

Afora isso, as teorias retributivistas valeram-se de diversos conceitos para fundamentar seus postulados, os quais se destacam a “retribuição ética”<sup>8</sup> de Kant e a “retribuição jurídica”<sup>9</sup> de Hegel. “Inobstante a autoridade de Kant e Hegel, tais versões da doutrina retributiva da pena são insustentáveis”<sup>10</sup>. Em ambas as retribuições (ética e jurídica), existe certa crença que relaciona culpa com punição<sup>11</sup>, aproximando-se de idealismos religiosos de purificação dos pecados por meio dos castigos.

## 2.2 O utilitarismo “partido ao meio” de Luigi Ferrajoli

Ferrajoli considera que o utilitarismo das teorias relativas encontra-se “partido ao meio”. Segundo o autor, essa concepção utilitarista baseia-se no parâmetro

<sup>7</sup> “A concepção da pena enquanto meio, em vez e como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração dos outros cidadãos”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 240)

<sup>8</sup> A retribuição ética se justificaria “por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 237)

<sup>9</sup> A retribuição jurídica se justificaria “pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 237)

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 237.

<sup>11</sup> GINSBERG, Morris. **On justice in society** (1965). Trad. It. De V. Ferrari, La giustizia nella società, Giuffrè, Milano, 1981.

benthamiano da “máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas”. Assim, a busca da felicidade geral não encontraria limites, podendo desenvolver punições severas sem o devido controle:

Compreende-se que um utilitarismo como este [partido ao meio], voltando o direito penal unicamente para a finalidade do *ne peccetur*<sup>12</sup>, orienta-lhe as escolhas para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos.<sup>13</sup>

A explicação para isso reside na constatação de que as condutas desviantes continuam a ocorrer no seio social, mesmo com o Estado exercendo punições. “Impedir o delito em todos os delinquentes é impossível, e tentar consegui-lo foi, quando muito, a causa fatal da progressiva crueldade dos suplícios”<sup>14</sup>. Assim, o poder punitivo precisa ser abalizado para não tornar-se exacerbado.

Para completar a “metade faltante” do utilitarismo, que, como visto, pode desenvolver modelos fortes e severos sob a roupagem de prevenção de delitos, é adicionada a máxima do “mínimo mal-estar aos desviantes”. Essa máxima também acabará exercendo uma função de prevenção, contudo sob ótica diferente da prevenção de delitos. Trata-se da prevenção de injustas punições. Ao fim ao cabo, a punição realizada pelo Estado prevenirá a ocorrência de delitos e de punições injustas.

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Pune-se para que não se peque.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

<sup>14</sup> CARRARA *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 309.

Sob tal espectro, o Direito Penal possui essa dupla finalidade: prevenção de delitos e de punições desmedidas. Na busca da utilidade social de prevenção de condutas desviantes, não seria razoável o poder punitivo aumentar-se com o passar dos tempos sob a justificativa de que os delitos continuam a ocorrer, sob pena de serem adotadas punições cada vez mais severas e ilimitadas. Adicionando ao sistema as proteções do indivíduo desviante, que receberá as justas e devidas punições formalmente previstas, o Direito Penal impedirá o aparecimento de penas informais e de caráter desarrazoado.

### 2.3 A lei como técnica de tutela dos direitos fundamentais

Como exposto, a punição pode ser justificada pelo seu viés utilitário, que consiste na projeção de desestímulos para barrar a ocorrência de novos delitos, seja esse desestímulo circunscrito à figura do delinquente, seja irradiado para toda a coletividade. Soma-se a essa função a “metade” proposta por Ferrajoli para completar o sistema positivo, haja vista que também preserva os direitos fundamentais do indivíduo desviante.

Segundo esse raciocínio teórico, é correto afirmar que o Direito Penal visa reduzir a violência social sob duplo aspecto. Isso porque, na busca de prevenção de novos delitos, evita-se a violência do futuro delinquente. Já na prevenção de penas informais, previne-se a violência da vingança, “que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada e, às vezes, dirigida a um inocente”<sup>16</sup>.

Ressalte-se que ausente o freio das punições desmedidas, apenas os direitos fundamentais da coletividade estariam sendo preservados, em detrimento dos direitos fundamentais dos apenados, que poderiam ser alvo de punições severas e desarrazoadas.

As duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 311.

os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.<sup>17</sup>

O que deve ser destacado, é que a citada maioria a qual se busca proteger os direitos fundamentais não possui consenso à respeito dessa função utilitária de prevenção de punições desarrazoadas. Assim, ao inserir como base justificadora da teoria utilitária da pena o respeito aos direitos fundamentais do apenado, a função punitiva estará integralmente legitimada.

Como não é sempre da vontade da maioria esse raciocínio completo de prevenção de violência (dos futuros crimes e das punições desreguladas), isto é, nem sempre há o consenso dessa dupla função da pena, essas condicionantes devem estar necessariamente previstas em lei. A lei exercerá o papel de garantir a tutela dos direitos fundamentais de todos, ao positivar, tanto os comportamentos desviantes, quanto as formas de punição.

De fato, esse é o Garantismo proposto por Ferrajoli. Deposita-se na lei o respeito aos direitos fundamentais de todos, incluindo os que se desviam, mesmo que a maioria não tenha consenso acerca da aplicabilidade para esses.

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.<sup>18</sup>

Dessa maneira, a lei garantirá que os direitos fundamentais de todos sejam preservados, independente se esse é ou não o desejo da maioria. Assim, a punição Estatal nos casos de comportamentos desviantes estará justificada.

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 312.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Rev. Trad. Ana paula zomer *et al.* São paulo: Revista dos tribunais,2010 p. 312.

## 2.4 A escolha dos comportamentos desviantes sujeitos a punição e a necessidade proteção de bens jurídicos

As condutas a serem desestimuladas, quando previstas sob ameaça de privação da liberdade, isto é, quando tipificadas, constituem-se nos crimes.

Como essas condutas necessitam ser tipificadas, a tipicidade tornou-se o centro do Direito Penal, haja vista que, sem ela, seu conteúdo é esvaziado.

Para que um fato ganhe relevância penal, por conseguinte, é necessário que ele esteja subsumido em um tipo; isto significa que o legislador torna pertinente ao direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei. Assim, sem a tipicidade, esvazia-se o conteúdo do direito penal.<sup>19</sup>

A centralidade da tipicidade na dogmática penal não pode ser subestimada. Limitá-la a um aspecto eminentemente formal é subestimar o instituto que, em verdade, sustenta todo o Direito Penal.

A tipicidade é um conceito chave para o direito penal. É relevante realçar que ela não desenvolve um papel meramente formal, mas, ao contrário, é a tipicidade o suporte através do qual o direito penal se apoia para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição e é aí que se assenta a sua fundamental importância, pois ela também revelará o conteúdo desta proibição, isto é, a sua substância.<sup>20</sup>

Assim, por meio da tipicidade, serão conhecidas as condutas que o Estado elegeu como impróprias para o convívio social. Ao conhecê-las, os integrantes da sociedade são imergidos em um sentimento de garantia, estando livres para praticar toda e qualquer conduta que não esteja tipificada, haja vista que o rol das condutas proibidas é limitado e suficientemente claro.

Ela é apontada como o primeiro elemento para que uma conduta se converta em um crime. Isto posto, a tipicidade é a primeira condição a ser satisfeita para que o método penal possa dar relevância a um acontecimento humano e, via de consequência, para que uma pena possa ser aplicada.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p.19.

<sup>20</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p.37.

<sup>21</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 38.

Dessa forma, sendo possível o convívio harmônico na sociedade pelo desestímulo de determinadas condutas, à cargo do Estado, a tipicidade revela o conteúdo proibido e, assim, legitima a atuação punitiva estatal.

O conceito de tipicidade foi formulado, conforme Brandão:

no esteio do vocábulo *Tatbestand*. O substantivo masculino da língua alemã *Tatbestand*, provém da união de dois outros substantivos: (a) o substantivo feminino *Tat*, que significa: ato e (b) o substantivo masculino *Bestand*, que significa: existência.<sup>22</sup>

A tipicidade está relacionada a diversos institutos da dogmática penal, contudo, para os fins a que se destinam o presente trabalho, imperiosa mostra-se a relação entre ela e o instituto do bem jurídico.

O tipo penal, ao ser delimitado na lei, descreve o comportamento a ser evitado que, caso seja praticado, sofrerá a violência estatal. Conforme já dito acima, o tipo exerce inequívoco limite à intervenção penal, haja vista que aquilo (conduta) que não esteja previamente tipificado, não pode ser alvo de punição, nem tampouco autoriza a ação do Direito Penal.

Na verdade, todo esse rigor na delimitação do tipo penal se justifica pela supressão de direitos fundamentais que ocorre quando há a atuação do Direito Penal. Contudo, apesar de impor temporária supressão de direitos fundamentais, os tipos penais existem para delimitar condutas proibidas que visam proteger outros direitos fundamentais, pertencentes a toda coletividade, ou seja, os bens jurídicos.

Não há como se interpretar o tipo penal, no âmbito da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito, sem a ideia de bem jurídico. Isto se dá porque o tipo exerce, ao descrever e delimitar na lei, conceitual e abstratamente, o âmbito da conduta proibida, um limite inequívoco à intervenção penal. Pois bem, da referida limitação à intervenção penal (que, ressalte-se, é uma exigência de um Estado Democrático de Direito), emerge intrinsecamente a conceituação de bem jurídico para ocupar um lugar de destaque: o bem jurídico está na matéria do tipo enquanto objeto de proteção.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p.38-39.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 113.

Ataques injustificados a bens jurídicos autorizam a utilização do Direito Penal. A preciosidade dos bens jurídicos legitima a momentânea restrição da liberdade do apenado.

Isto se dá porque a restrição do *jus puniendi*, parafraseando Mir Puig, supõe que o direito penal é um mal menor, que só é admissível na medida em que seja indispensável. Mas desta afirmação surge uma pergunta: quando há de se reputar indispensável a intervenção do direito penal? É deste questionamento que aparecerá o conceito de bem jurídico. Com efeito, o direito penal é necessário quando exigir a proteção dos bens jurídicos.<sup>24</sup>

A temática dos bens jurídicos e seu método de proteção extrapola a ciência penal e relaciona-se com o grau democrático dos Estados, haja vista que a utilização, maior ou menor, de critérios limitadores para utilização do Direito Penal e, assim, do que é elencado como bem jurídico, determina a conformação democrática de um Estado. Caso não existam limitações ao poder de violência e ocorra uma banalização do que deva ser considerado como bem jurídico, um Estado pode ser classificado como de tendência totalitária. Lado outro, caso as limitações estejam presentes, fazendo com o que a utilização da punição seja reservada a situações excepcionais, certamente este Estado poderá ser caracterizado como de tendência democrática.

Destarte, o conceito de bem jurídico, ao emergir da limitação à intervenção penal, representa um importante termômetro para que se afira estar a dogmática penal em consonância com o Estado Democrático de Direito, o que representa, em última análise, a investigação da própria conformação política do Estado em si mesmo, já que, se a violência da pena, que traz como consequência inafastável a lesão a direitos fundamentais, não estiver retida em face de critérios limitadores – dentre eles o critério do bem jurídico – o Estado será politicamente qualificado como totalitário.<sup>25</sup>

Apesar de não ter sido o primeiro autor que tenha realizado considerações acerca do bem jurídico, credita-se a Anselm von Feuerbach a materialização da condição para que o conceito de bem jurídico (e toda sua importância) fosse criado. Feurbach buscou problematizar qual seria o objeto de fundamentação do Direito

---

<sup>24</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 113-114.

<sup>25</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 114.

Penal, isto é, qual a função ou o que o Estado desempenha quando exerce o direito de punir.<sup>26</sup>

É importante pontuar que Feuerbach conceituou o princípio da legalidade, fundamento básico de qualquer Direito Penal que pretende ser classificado como democrático. O autor foi o responsável por garantir que os tipos penais devam ser previstos em leis prévias, fazendo-se, dessa forma, anteriores aos fatos merecedores de reprimenda por parte do Estado.

Por conseguinte, a argumentação em torno do objeto de tutela penal surgiu em função da construção do princípio da legalidade. Isto é, se não houvesse a construção dogmática desse princípio, não haveria na dita dogmática o lugar sistemático para o objeto da tutela penal, pois o dito objeto ganha um lugar de relevo quando o poder de punir encontra uma limitação e passa a precisar de uma justificativa que explique no plano da razão. Destarte, legalidade e objeto de tutela penal surgiram cientificamente lado a lado, dentro de uma só e mesma teoria: teoria da coação psicológica, proposta por Feuerbach. Sobre este tema, veja-se a síntese do próprio autor: “se de todas as formas é necessário que se impeçam às lesões jurídicas, então deverá existir outra correção junto à força física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, provindo do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio cometimento da lesão. Uma coação dessa natureza só pode ser de índole psicológica. (...) O objetivo da cominação penal é a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”.<sup>27</sup>

Feuerbach defendia que a função do Direito Penal justificava-se pela tutela e proteção de direitos subjetivos, que tem como características serem privados e individuais.

As construções dogmáticas em torno do conceito de bem jurídico se estendem ao largo de mais de dois séculos. A tese que traduziu o antecedente do nascedouro do conceito de bem jurídico foi desenvolvida por Anselm von Feuerbach, no seu tratado datado de 1801, representando uma condição para o nascimento daquele conceito. Note-se que se disse aqui que a tese de Feuerbach *possibilitou* a construção da teoria do bem jurídico, não que ela mesma tenha construído aquela noção. Isto decorre do fato de que se buscou aí, em última análise, o objeto de proteção do direito penal, e a crítica formulada ao objeto de proteção apontado por Feuerbach construiu a noção de bem jurídico. A tese de Feuerbach gravita em torno da função que ele atribuiu ao direito penal: segundo o autor, esta função se traduz na tutela de direitos externos, mais precisamente os direitos subjetivos. Por seu turno, os direitos subjetivos são o conjuntos dos direitos privados ou individuais, atribuídos às pessoas que são as titulares desses direitos. A noção de direitos

---

<sup>26</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014,

<sup>27</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014,, p. 117-118.

externos (que é – ressalta-se – um direito subjetivo privado e particular), portanto, radica no centro da tutela penal, sendo seu objeto de proteção.<sup>28</sup>

As críticas formuladas ao objeto de proteção elencado por Feuerbach permeiam a noção puramente jurídica e transcendental que existe na ideia de violação de direitos subjetivos. Os precursores da teoria do bem jurídico, como Johann Birnbaum, Binding e von Liszt, definiram como objetos de proteção do Direito Penal aspectos mais concretos, do mundo do ser, contrapondo-se à justificação transcendental de Feuerbach, vinculada ao mundo do dever-ser.

A lesão jurídica, pois, tem nesta teoria uma natureza transcendente e ideal: é a lesão de um direito enquanto tal; porque o direito é uma proposição de dever-ser, há uma lesão ao próprio dever-ser, que, por conseguinte, não se concretiza no mundo fenomênico dos fatos. Dito isto, não se pode aqui falar em lesão objetiva, já que a referida lesão não se concretiza no mundo exterior, pois – conforme referenciado – atinge ela o próprio dever-ser, ou seja, o direito em si.<sup>29</sup>

Ademais, Feuerbach delineou o Princípio da Legalidade baseando-se na função protetiva do Direito Penal aos direitos individuais subjetivos. O conteúdo dessa proteção, que foi o alvo das críticas da teoria de Feuerbach, não retira o brilhantismo de sua obra. Isso porque, mesmo defendendo um objeto de proteção transcendental, Feuerbach foi responsável pelo mais importante limitador da violência estatal, que é a legalidade.

Se é fato que não houve reação da dogmática científica nascente no Século XIX em face da necessidade de argumentação acerca da existência de um objeto de tutela penal, encetada a partir da formulação de legalidade na obra de Feuerbach, não se pode dizer o mesmo sobre o conteúdo desta tutela: a conceituação de interesse e direito subjetivo é, pois, posta em xeque.<sup>30</sup>

Por sua vez, Birnbaum apresentou críticas a Feuerbach acerca do objeto do Direito Penal, afirmando que direitos não poderiam ser alvo de lesões. Direitos pertencem a indivíduos, e somente esse podem sofrer lesões. O giro interpretativo de

---

<sup>28</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 115.

<sup>29</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 118-119.

<sup>30</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p, 116

Birnbaum foi em dar maior concretude ao objeto de proteção do Direito Penal, afirmando, em verdade, que bens são lesionados.

Para Birnbaum, somente os bens, e não os direitos, podem ser classificados como inatos e adquiridos logo, somente eles poderão ser lesionados. Por sua vez, se o delito representa uma lesão, seu objeto de tutela não poderá ser o direito, mas somente o *bem* decorrente do direito. Isto posto, não se pode dizer que o crime, por exemplo, viola o direito à vida, mas somente se pode dizer que ele viola à vida, pois é esta última que será lesionada na ação criminosa, traduzindo o objeto de tutela penal, isto é, o bem decorrente daquele direito.<sup>31</sup>

Outra discussão surge quando a noção de proteção de bens torna-se dominante. Binding afirmava que o Estado, ao criar as leis penais, define quais são os bens jurídicos que serão protegidos pelas normas penais incriminadoras. Birnbaum, por sua vez, defendia que os bens jurídicos são reconhecidos pelo Estado, sendo, assim, preexistentes. Nessa esteira, quando a norma positiva alguma conduta que protegerá algum bem jurídico, ela não estaria criando esse valor, mas reconhecendo-o. Para Binding, ao contrário, não existiria esse reconhecimento, havendo, em verdade, a criação do bem jurídico pelo Estado.

Binding, portanto, vincula o conceito de bem jurídico ao Estado, mas o faz a partir da norma, o que dá ao legislador, dentre outras, a atribuição de escolher quais são os objetos de tutela da lei penal, pois ele monopoliza a criação do direito penal. Não existirá, portanto, objeto de tutela anterior a ele, mas esse objeto é uma criação legislativa. Neste sentido, Binding afasta-se da ideia de *bem garantido pelo direito através do Estado*, que estava no substrato da construção de Birnbaum, pressupondo a anterioridade do *bem*, que é reconhecido e protegido pelo direito penal, e constrói a nomenclatura bem jurídico (*Rechtsgut*), que se identificará como tudo que for considerado como tal pelo legislador, pois cabe a este último construir a noção do que é bem jurídico.<sup>32</sup>

Por outro lado, Franz von Liszt deposita na realidade social a escolha dos bens jurídicos. A tutela penal seria direcionada a uma realidade exterior do direito, verificada pela conjuntura dos interesses que são reconhecidos como importantes nas relações sociais.

---

<sup>31</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 122.

<sup>32</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 128.

Assim, o conceito de bem jurídico não encontra legitimidade em face da norma e do direito, como propunha o positivismo normativo de Binding, mas em uma realidade exterior ao direito: a realidade social, na qual os interesses que se verificam entre os próprios indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado dão o suporte para o reconhecimento jurídico da antijuridicidade material, que ao ser formalizada, converte-o em bem jurídico. Este conceito de bem jurídico é suscetível de balizar a crítica e, como tal, tem o condão de servir como critério limitador do direito penal.<sup>33</sup>

A transformação do objeto de proteção do Direito Penal após a teoria de Feuerbach retirou o bem jurídico do mundo do dever-ser, dando maior concretude ao instituto. Seja pelos bens (Birnbaum), pela norma (Binding) ou pela realidade social (Liszt), a noção de direitos individuais de Feurbach foi rechaçada.

Liszt diferenciou-se, contudo, também por propor o critério para afastar a aplicação do Direito Penal em casos de ausência de lesão ou de perigo de lesão aos bens jurídicos, noção pacífica nas teorias garantistas da atualidade, que exigem tipicidade material nas condutas para justificar a atuação do Estado.

Como visto, a antijuridicidade material continua a ser conceituada como ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, embora – ressalta-se - a significação do que é bem jurídico ainda dê causas a enormes controvérsias e debates. Mas o fato é que o critério oriundo deste conceito (bem jurídico) proposto por Liszt, qual seja, afastar a tipicidade material em caso de ausência de lesão ou do perigo de lesão, foi consolidado na dogmática penal e se revela um instrumento de grande utilidade, pois possibilita uma interpretação teleológica do tipo penal.<sup>34</sup>

Neste diapasão, verifica-se que Direito Penal é reservado para situações as quais os bens jurídicos sofram violação ou perigo de violação, com vistas a prevenir a ocorrência de novos delitos e de punições informais.

---

<sup>33</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 135.

<sup>34</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 136.



### 3 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO CONDICIONANTE PARA A LEGITIMAÇÃO DA PENA

A observância da ofensividade na análise da exigência do especial fim de agir no crime do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993<sup>35</sup>, mostra-se muito importante para a o entendimento de qual conduta seria capaz de consumir o tipo penal e, assim, justificar a punição estatal.

No que consiste a adequação típica desta previsão penal, tormentosa é a discussão se o bem jurídico protegido seria lesado quando o fim específico da ação, que está implícito, não se faz presente. Assim, maiores digressões precisam ser realizadas para definir se uma conduta sem o especial fim de agir seria apta a ofender o bem jurídico protegido pelo tipo.

#### 3.1 Terminologia

Pelo que se extrai dos trabalhos desenvolvidos sobre o Princípio da Ofensividade, bem como pela análise dos casos concretos que tocam a questão levados ao Poder Judiciário, é correto afirmar que os termos “ofensividade” e “lesividade” possuem significados idênticos<sup>36</sup>.

Vale pontuar, contudo, a observação realizada por Gomes, que demonstra preferência pela terminologia “ofensividade”, em detrimento da terminologia “lesividade”. Segundo o autor, “lesão” e “perigo de lesão” constituem espécies do gênero “ofensa”. Assim, a análise da ofensividade estará presente tanto nas ações que efetivamente lesem bens jurídicos, quanto nas condutas que os colocam em perigo de lesão. A utilização da terminologia “lesividade” poderia levar a interpretações equivocadas de que o princípio estaria restrito às condutas que efetivamente cheguem a lesar bens jurídicos.

---

<sup>35</sup> Conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

<sup>36</sup> CARBONELL, **Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales.** 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996 p. 207; SANCHEZ, Maria Isabel García de Paz. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal.** Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 11; MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios e delitos de peligro.** Granada: Comares, 1997, p.1.

Nossa preferência pela locução “princípio da ofensividade” deve-se ao seguinte: a ofensa é gênero que comporta a lesão ou perigo concreto de lesão como espécies. Utilizando-se a palavra lesividade poder-se-ia permitir certa confusão entre o gênero e a espécie.<sup>37</sup>

Nessa esteira, será utilizada a expressão “Princípio da Ofensividade” no curso do presente trabalho, somente para evitar a possível confusão entre espécie e gênero conforme apontada por Gomes.

### 3.2 Gênese da ofensividade

Já nas obras do filósofo grego Aristóteles, que foi aluno de Platão e mentor de Alexandre O Grande<sup>38</sup>, é possível detectar a relação entre injustiça e ofensa<sup>39</sup>. O também filósofo grego do período helenístico Epicuro afirmou que “o justo segundo a natureza é uma convenção sobre o que leva a não se fazer dano uns aos outros e a não ser lesado”<sup>40</sup>.

No século XVIII, o movimento Iluminista<sup>41</sup>, por meio do uso da razão, foi responsável pela separação entre a moral e o direito, bem como entre o Estado e a Igreja. Além dessas rupturas, o período das luzes relacionou ofensa com punição ao centralizar “no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas”<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

<sup>38</sup> RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Trad. Laura Alves; Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 122.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 428.

<sup>40</sup> EPICURO, Massime Capitali, XXXI, XXXIII e XXXVIII. In: PARENTE, Isnard. (coord) **Opere**. Torino: Utet, Torino, 1983., p. 211-212.

<sup>41</sup> “O termo Iluminismo indica um movimento de ideias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o “século das luzes”. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da “luz” contra as “trevas”. Daí o nome de Iluminismo, tradução da palavra alemã Aufklärung, que significa aclaração, esclarecimento, iluminação. O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos”. (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 1998, p. 605).

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 428.

Os fundamentos deste princípio, também fruto da elaboração iluminista, são os mesmos que encontramos como fundamento da garantia da lesividade: o utilitarismo jurídico e a separação axiológica entre direito e moral.<sup>43</sup>

Dessa maneira, apesar de possuir gérmens milenares, a condição do dano para punição estatal foi construída durante o Século das Luzes. Nesse período, assentou-se a ideia de que a reprimenda do Estado só terá lugar em situações que causem danos a terceiros. Desse modo, sendo que a punição de uma ação “que não afeta o direito de ninguém, é uma aberração absoluta que, como tal, não pode ser admitida, porque lesiona de modo excessivo o princípio da racionalidade republicana”<sup>44</sup>.

### 3.3 Definição e momentos de utilização do princípio da ofensividade

Como visto no capítulo anterior, Feuerbach delineou a legalidade penal. Em apertada síntese, essa consiste na necessidade de positivação prévia das condutas que serão alvo de repreensão estatal. Tal postulado denota importante garantia do cidadão, que é livre para praticar tudo aquilo que a lei penal não proíba.

Também foi visto que essa tipificação de condutas visa proteger relevantes valores sociais, delineados de bem jurídicos. Os comportamentos que lesem ou podem expor a perigo de lesão os bens jurídicos, justificam a repreensão estatal.

Para a devida punição, não basta apenas que a conduta praticada se amolde ao tipo penal incriminador. Deve ser verificado se o bem jurídico ao qual o tipo penal visa proteger fora efetivamente ou não lesado ou exposto a perigo de lesão.

O lugar da ofensividade é destacado por Bianchini: “É aqui que entra em cena o princípio da ofensividade. O Direito Penal, além de proteger bens jurídicos com dignidade penal, só legitima a sua atuação quando, e se, estes bens [jurídicos] tiverem sido ofendidos”<sup>45</sup>. Trata-se da imperiosa análise material da conduta que, em uma situação concreta, além de formalmente típica, deve ser apta a lesionar ou colocar em perigo de lesão os bens jurídicos penalmente protegidos.

---

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 441.

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1991 p. 240-241.

<sup>45</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

Assim, a ação deve ser, simultaneamente, formal e materialmente típica, consistindo aquela na adequação a um dos comportamentos desviantes previstos em lei penal prévia incriminadora, e esta “significa uma conduta danosa para a sociedade, isto é, lesiona ou põe em perigo a um bem jurídico”<sup>46</sup>.

[A intervenção penal] somente deve ter lugar quando uma dada conduta represente uma invasão na liberdade ou direito ou interesse doutrem, é dizer, a incriminação somente se justifica, quer jurídica, quer politicamente, quando o indivíduo, transcendendo a sua esfera de livre atuação, os lindes de sua própria liberdade, vem de encontro à liberdade de seu co-associado, ferindo-lhe, com certa intensidade, um interesse particularmente relevante e merecedor de proteção penal.<sup>47</sup>

Imperiosa é a tarefa da análise da ofensividade nos casos concretos, haja vista que a lei penal incriminadora já entrou em vigor e abstratamente protege algum bem jurídico penalmente relevante. Nesse nível, situações formalmente típicas são analisadas pelo viés da ofensividade material e deve ser afastada a punição “quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”<sup>48</sup>.

Se, de início, recai sobre o Legislador a escolha de quais bens serão objeto de tutela penal, num segundo instante, ao Magistrado é transferida essa incumbência, principalmente quando instado a verificar a plausibilidade da persecução penal deflagrada pelo Estado Acusação. Assim, o Estado Jurisdição, desvestindo-se da feição inquisitiva reinante no sistema inquisitorial e com atenção redobrada ao sistema constitucional acusatório, imparcial por excelência, compete analisar o fato praticado, as consequências destes e, por fim, contrabalancear a necessidade/adequação e utilidade da persecução penal, tendo em mente que o direito penal deve ser a última opção, substituído por todas outras, por ventura, existentes.<sup>49</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, já se manifestou acerca da ofensividade de condutas que, apesar de formalmente típicas, não tinham o condão de ofender de maneira significativa o bem jurídico de tutelado. A Corte

---

<sup>46</sup> ANTÓN ONECA, 1986 ANTÓN ONECA, José. **Derecho Penal**. 2 ed. Madri: Akal, 1986, p. 203.

<sup>47</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte. Del Rey, 1998, p. 110.

<sup>48</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 80.

<sup>49</sup> AMARAL, Junior Leite. O caráter fragmentário do direito penal e as limitações na atividade persecutória do Estado. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 fev. 2013.

absolveu os réus com base no princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela.<sup>50</sup>

O filtro da ofensividade não se restringe ao nível jurisdicional, pela citada análise dos casos concretos, sendo também imperiosa sua utilização no momento da criação de novos tipos penais incriminadores. Nesse momento, busca-se impedir a criação de “tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico tutelado”<sup>51</sup>. A análise, portanto, também ocorre antes da conclusão do processo legislativo que visa inserir nova norma penal incriminadora dentre o rol taxativo de ações proibidas. O filtro impedirá que condutas que não lesem ou que não coloquem em risco algum bem jurídico penal entrem em vigor.

Se se proíbem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as ideias ordinárias de vício e virtude, que todavia, se proclamam eternas e imutáveis.<sup>52</sup>

Exemplo disso foi o ocorrido no processo legislativo da Lei Federal nº 9.605, de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em sua redação original, que seguiu para a etapa prevista na Constituição da República de sanção do Chefe do Executivo<sup>53</sup>, a nova lei previa o delito do art. 57, que constituía em:

---

<sup>50</sup> Em maio de 2014, conforme notícia do portal do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 121903, que analisou caso concreto em que o réu furtou aves de pequeno valor, o ministro Luiz Fux, ao analisar o mérito, constatou que “o caso específico preenche os requisitos da insignificância”. Assim, o relator votou pelo arquivamento da ação penal nos termos do parecer da Procuradoria Geral da República (PGR). Em sua manifestação, a PGR destacou que, conforme a jurisprudência do Supremo, “é necessária a conjugação dos seguintes requisitos para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão ao bem jurídico”.

<sup>51</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

<sup>52</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965p. 68.

<sup>53</sup> Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

Art. 57 Importar ou comercializar substâncias ou produtos tóxicos ou potencialmente perigosos ao meio ambiente ou à saúde pública, cuja comercialização seja proibida em seu país de origem.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.<sup>54</sup>

Pela análise do artigo, o que o novo dispositivo penal incriminador previa era a proibição de importação ou comercialização de produtos tóxicos ou potencialmente lesivos ao meio ambiente ou à saúde pública que tivessem a comercialização proibida no país de origem.

Contudo, passou despercebido pelo Congresso Nacional que muitos produtos tóxicos ou substâncias perigosas possuem efeitos benéficos para diversos seguimentos sociais. Desde que manipulados e acondicionados em situações seguras, muitos desses materiais não causam nenhum risco ao meio ambiente ou à saúde pública, isto é, não possuem a capacidade de ofender o bem jurídico que o tipo penal visa proteger, qual seja, o meio ambiente.

Por esse motivo, o Chefe do Poder Executivo, à época, vetou parcialmente o projeto de lei para, dentre outros trechos, não permitir a entrada em vigor do novo delito previsto no art. 57 do projeto original.

Nem todos os produtos tóxicos ou potencialmente perigosos ao meio ambiente e à saúde pública têm seu uso proibido, e sim controlado pelo poder público. Como a redação do art. 57, não se refere a substâncias ou produtos tóxicos ilícitos, a adoção deste dispositivo acarretará, indiretamente, a proibição do uso de toda substância ou produto tóxico ou potencialmente perigoso ao meio ambiente e à saúde pública, ainda que seus benefícios e utilidade sejam comprovados e que, por isso, com a segurança necessária, e devida autorização ou licença da autoridade pública, podem e devem ser empregados.<sup>55</sup>

Dessa maneira, o Princípio da Ofensividade relaciona-se com o grau de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, tendo dois momentos distintos que possibilitam sua verificação, sendo estes o nível legislativo e o nível judiciário. O primeiro, realizado

---

<sup>54</sup> BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei PL 1164/1991 de 11 jun. 1991**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas a que estão sujeitos os infratores da legislação protetora da fauna e da flora e das outras providências.

<sup>55</sup> BRASIL. Presidência da República. **Veto do parcial do Projeto de Lei 1164/1991**. Brasília, 12 fev, 1998.

antes da entrada em vigor do novo delito, impede a entrada em vigor de novos tipos penais que prevejam condutas que não ofendam o bem jurídico a que se busca a proteção; o segundo, realizado pelo Poder Judiciário, impede a aplicação de pena a condutas que, apesar de formalmente típicas, não chegaram a lesionar o bem jurídico protegido na situação concreta.

### **3.4 A análise da ofensividade como reforço da ideia de fragmentariedade do Direito Penal**

Como visto, a ofensividade pode ser comparada a um filtro, que pode ser utilizado em dois momentos distintos: no momento do processo legislativo, impedindo a entrada em vigor de novos tipos que não prevejam condutas que ofendam o bem jurídico protegido, e no processo penal, impedindo a condenação de condutas que, embora típicas, não ofendam o bem jurídico protegido pelo tipo.

É sabido que o princípio da intervenção mínima preconiza que o Direito Penal é reservado aos “casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito”<sup>56</sup>.

A proteção de bens jurídicos não se realiza são mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.<sup>57</sup>

Esse caráter fragmentário ou subsidiário do Direito Penal o coloca como última solução para proteção dos bens jurídicos mais preciosos da sociedade. Isso decorre do fato de que, quando se manifesta, o Direito Penal “encampa o bastião mais longínquo de penetração, pelo Estado, na esfera individual”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, , p. 59-60.

<sup>57</sup> ROXIN *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. V.1. 11. Ed. 11ª Ed. Niterói, RJ, Impetus, 2009, p. 48.

<sup>58</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Prefácio. In: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. XVIII

A natureza subsidiária – e não principal – do direito penal diante de outras formas de controle decorre, em primeiro lugar, da circunstância de o direito penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos.

Nesse espectro se insere a subsidiariedade da norma penal, que começa a atuar quando os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes.

Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Nada além disso.<sup>59</sup>

Assim, a proteção dos bens jurídicos precisa ser realizada de maneira gradativa, sendo a atuação do Direito Penal a última ferramenta, reservada aos valores mais nobres bem como às condutas mais gravosas.

Nesse raciocínio, infere-se que outros ramos do ordenamento jurídico devem atuar sobre os bens jurídicos de maneira precedente ao Direito Penal.

Na busca de coibir determinado comportamento, devem ser utilizadas, primeiramente, outras instâncias de controle social, para servirem de desestímulo àquela conduta.

O princípio da *ultima ratio* (também chamado subsidiariedade) indica-nos que a pena é o último recurso de que dispõe o Estado para resolver os conflitos sociais. Em outras palavras, que somente pode recorrer ao Direito Penal quando fracassado as outras instâncias de controle social que tenham capacidade para resolver o conflito é cada vez mais frequente a denúncia de utilização do direito penal, não como *ultima ratio* senão como *sola ou prima ratio* para solucionar os conflitos sociais.<sup>60</sup>

O filtro da ofensividade, portanto, reforça o caráter fragmentário do Direito Penal. Isso porque, pela aplicação desse filtro, são retiradas do âmbito de atuação do Direito Penal aquelas situações as quais os bens jurídicos protegidos não chegam a

---

<sup>59</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.31

<sup>60</sup> FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. **Direito penal brasileiro: parte geral : princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94-95.

ser efetivamente ofendidos ou não tenham sido alvo de condutas que os colocaram em perigo de lesão.

### 3.5 Condições para análise da ofensividade

Conforme explanado, a ofensa a um bem jurídico revela-se como condição necessária para justificar a violência estatal de restrição momentânea da liberdade do indivíduo. Assim, “a conduta perigosa, mesmo que adequada à letra da lei, não se converte em crime (no sentido normativo) sem a ocorrência da efetiva ofensa ao bem jurídico”<sup>61</sup>.

Essa necessidade de ofensa relevante aos bens jurídicos foi ressaltada por Gomes quando afirmou que:

Para afastar a concepção formalista do delito (e da tipicidade) centramos nossa atenção na noção de bem jurídico e sua respectiva ofensa como premissas indispensáveis para a intervenção penal, isto é, estamos assumindo essas ideias como um novo princípio unificador da legitimação do sistema penal no Estado constitucional e humanista ou humano-centrista de direito.<sup>62</sup>

Assim, não basta a mera identidade da conduta praticada com os preceitos dos tipos penais incriminadores para justificar a punição. Não há espaço para penas derivadas de condutas que não ofenderam bens jurídicos ou não os colocaram ao menos em perigo de lesão.

Quem destruir um carro abandonado, transformando-o em sucata, por exemplo, pratica um dano, ou seja, um fato típico do ponto de vista formal (conduta, resultado naturalístico – destruição do veículo -, nexos de causalidade e adequação do fato à letra da lei – CP, art. 163), realiza uma conduta desaprovada, mas não há que se falar em lesão ao bem jurídico patrimônio (porque se tratava de carro abandonado). Não há o desvalor do resultado, nesse caso, porque não chega a afetar interesses alheios protegidos pelo direito. O carro abandonado já não pertence ao patrimônio de ninguém (logo, não se trata de um bem protegido juridicamente).

---

<sup>61</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 90.

<sup>62</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

Juridicamente o dano, nesse caso não se converte em lesão ao bem jurídico.<sup>63</sup>

Ademais, a moderna dogmática penal não mais permite espaço para a punição de condutas que não exponham a perigo ou efetivamente lesem bens jurídicos.

Partindo-se da premissa de que não há delito sem ofensa ao bem jurídico, jamais poderá incidir qualquer sanção penal sem a constatação de um resultado jurídico (da lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico). Todos os crimes são dotados de resultado jurídico (sejam materiais, formais ou de mera conduta, consumados ou tentados, comissivos ou omissivos etc.). A exigência de um resultado (jurídico) em todos os crimes, aliás, vem exigida pelo art. 13 do CP (teleologicamente interpretado). O desvalor do resultado (jurídico) está presente tanto no resultado exterior distinto da ação – resultado naturalista, conforme a terminologia tradicional – quanto na modificação do mundo humano, que também se realiza nos delitos tradicionalmente indicados como de mera atividade (ou mesmo formais). Esta interpretação consente e impõe descobrir em cada delito um resultado ofensivo com relação ao bem jurídico (resultado lesivo ou perigoso): não somente nos delitos com resultado naturalista (nos delitos materiais), mas inclusive nos de ação ou de mera conduta, a razão da incriminação deve ser buscada não só em uma contrariedade da vontade do sujeito aos imperativos jurídicos (desvalor da ação), mas sobretudo na modificação exterior das relações humanas, enquanto seja objetivamente prejudicial para o bem jurídico tutelado (desvalor do resultado).<sup>64</sup>

Ou seja, para que o resultado seja relevante, Gomes elenca, dentre outras, algumas características em relação à ofensa. Segundo o autor, a ofensa necessita ter os atributos da concretude, transcendência, relevância e intolerabilidade.<sup>65</sup>

A característica da concretude relaciona-se à necessidade de que o resultado seja real. Assim, com base no princípio da ofensividade, somente lesões concretas ou perigos reais a bens jurídicos podem ser considerados como resultados desvaliosos.

Nesse raciocínio, a mera realização formal dos tipos não permitiria a atuação Estado, sendo imperiosa presença de lesões ou perigo de lesões concretas derivadas de comportamentos tipificados.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 185.

<sup>64</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 186-187

<sup>65</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, .

<sup>66</sup> Nesse sentido: "não pode o resultado jurídico ser presumido. Partindo-se da premissa de que o desvalor do resultado (resultado jurídico) é também fundamento inseparável do delito (do injusto penal), não há dúvida de que esse direito penal (da ofensividade) não se coaduna com o perigo abstrato (que

Tampouco a realização formal dos requisitos típicos justifica o reconhecimento do delito. Além da dimensão formal da tipicidade objetiva, impõe-se o exame da ofensa ao bem jurídico. Ofensa concreta (não presumida). Essa é uma parte (bastante relevante) da dimensão material da tipicidade objetiva, exigida pelo art. 13 do CP. Condenar alguém por perigo abstrato significa impor um castigo por um fato que não é crime, visto que todo crime exige um resultado (jurídico), nos termos do dispositivo legal citado.<sup>67</sup>

A característica da transcendência relaciona-se ao princípio da alteridade, isto é, a exigência de que os bens jurídicos lesionados por um agente sejam de titularidade de terceiros. Caso a ofensa restrinja-se aos interesses do próprio agente, o resultado não pode ser considerado relevante e, apesar de formalmente típico, a conduta não merecerá repreensão do Estado.

A relevância do resultado preconiza que a ofensa ao bem jurídico somente adquirirá relevância penal se for significativa, isto é, grave. A ausência de lesão significativa desaguardaria em situações as quais o princípio da insignificância merece aplicação, haja vista a manifesta ausência de tipicidade material.

O requisito da intolerabilidade exige que o resultado da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado seja desarrazoado, preservando o caráter subsidiário do Direito Penal. Na verdade, ofensas toleradas pela sociedade não podem ser objeto da repreensão estatal, haja vista que a adequação social demonstra que determinadas condutas, apesar de típicas, são toleradas no meio social.

Mãe que perfura orelha da filha, peão que maltrata animal em rodeios, pequenas lesões corporais durante o ato sexual, pequenas lesões nos trotes universitários etc. (cuidado: nos últimos tempos os trotes universitários transformaram em puro vandalismo, com graves ofensas a bens jurídicos muito relevantes. Tudo isso é desaprovado pelo direito). Os exemplos citados geram resultados jurídicos aceitos, tolerados. Em todas essas situações há danos, Às vezes, inclusive corporais, mas não lesão jurídica desvaliosa. Não há que se falar em fato materialmente típico nessas hipóteses. A adequação social é causa supralegal de exclusão da tipicidade. De qualquer modo, saliente-se que não é só ela que constitui fundamento da exclusão da tipicidade nos exemplos citados. A atipicidade também resulta da exigência

---

é inconstitucional e inválido dentro do direito penal). Tendo em vista as graves consequências penais que decorrem para o agente, só é proporcional a incidência dessas consequências quando o agente tenha afetado de modo concreto bens jurídicos de terceiros". (GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 189).

<sup>67</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 192-193.

da intolerabilidade da ofensa. Para o direito penal só vale o resultado jurídico intolerável.<sup>68</sup>

Dessa forma, a exigência da ofensividade das condutas como condicionante para a punição reforça o caráter subsidiário do Direito Penal. O resultado derivado da conduta do agente somente adquire relevância penal se a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico apresentar-se, no caso concreto, de maneira desarrazoada.

---

<sup>68</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

## 4 A ESTRUTURA DOS TIPOS DOLOSOS

O dolo pode ser definido como “consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo”<sup>69</sup>. Dessa definição, podem ser extraídos dois elementos essenciais, quais sejam, a consciência, elemento de ordem intelectual, e a vontade, elemento de ordem volitiva. Além disso, extrai-se uma condicionante, qual seja, de que esses dois elementos combinados realizem os elementos objetivos do tipo.

A doutrina diverge acerca da localização do dolo no conceito analítico de crime. O entendimento doutrinário que possui mais adeptos coloca-o no elemento fato típico, haja vista que ele compreende a vontade livre e consciente de praticar a ação típica, isto é, ele consiste na “vontade diretora da ação típica, ou, mais em detalhes, a consciência e vontade em relação aos elementos objetivos pertencentes ao tipo”<sup>70</sup>.

Não existe uma unanimidade na doutrina acerca da localização do dolo na teoria do delito. Para os que defendem a teoria causalista da ação, o dolo é um elemento da culpabilidade; os que se filiam à teoria finalista da ação entendem que o dolo é um elemento do tipo penal. Hodiernamente, fala-se até na dupla localização do dolo: como forma de comportamento, o dolo pertence ao tipo, e como forma de motivação, pertence à culpabilidade.<sup>71</sup>

O modelo de ação do finalismo partiu da distinção entre fato natural e ações humanas. O primeiro consiste em situação determinada pela causalidade, sendo resultado de fatos os quais se dispensa a vontade. O segundo, por sua vez, é “acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é sua direção inteligente”<sup>72</sup>.

### 4.1 Elementos intelectual e volitivo da ação dolosa

Como já foi dito, o dolo possui os elementos da consciência e da vontade, além da condicionante de que esses elementos combinados pratiquem os elementos

---

<sup>69</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 157.

<sup>70</sup> TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, p. 107-119, dez. 1971, p. 21.

<sup>71</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 157.

<sup>72</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 15.

objetivos da ação típica. O primeiro elemento demonstra inegável caráter intelectual, já o segundo, volitivo.

Na língua portuguesa, a palavra consciência possui, simultaneamente, o significado de conhecimento das *impressões* bem como o conhecimento das próprias *ações*, ao contrário, por exemplo, da língua alemã e inglesa. Esses idiomas possuem palavras distintas que expressam cada um desses significados.

O conhecimento das impressões constitui o conceito filosófico de consciência, já o das ações, o psicológico<sup>73</sup>. “Como o dolo é um processo psíquico, para efeito do seu estudo, a consciência deve ser entendida como percepção do mundo exterior”<sup>74</sup>.

Sendo assim, ao ser constituída como um processo psíquico, a consciência encontra-se relacionada com a percepção dos elementos objetivos do tipo realizado pelo agente ao praticar a conduta proibida.

A consciência, ou seja, o momento intelectual do dolo, basicamente, diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. O agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo. Conforme preleciona Ronaldo Tanus Madeira, “a função do conhecimento do dolo se limita a alcançar e a atingir os elementos objetivos do tipo. As circunstâncias do tipo legal de crime. O agente quer a realização dos componentes do tipo objetivo com o conhecimento daquele caso específico e concreto”.<sup>75</sup>

A consciência exige que o agente saiba perfeitamente o que está praticando, sendo senhor de seus atos, e capaz de entender todas as circunstâncias que caracterizam a conduta como típica.

Para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica. Quer dizer, deve saber, no homicídio, por exemplo, que mata outra pessoa; no furto, que se apodera de uma coisa alheia móvel; no estupro (com presunção de violência), que mantém conjunção carnal com mulher privada da razão e ou de sentido, ou menor de 12 anos, etc.<sup>76</sup>

O elemento volitivo aparece em um segundo momento, haja vista que, em regra, aquele que tem a vontade de praticar alguma conduta já representou-a

---

<sup>73</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 160.

<sup>74</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 160.

<sup>75</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1. 11. ed. Niterói: Imperto, 2009, p. 185.

<sup>76</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares; Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 57.

mentalmente. Assim, antes de praticar a conduta, o agente já teria conhecimento de todas as circunstâncias vinculadas a ação criminosa. Desse modo, o elemento consciência precede o elemento vontade.

A vontade é outro elemento sem o qual se desestrutura o crime doloso. Aquele que é coagido fisicamente a acabar com a vida de outra pessoa não atua com vontade de mata-la. Assim, se Antônio, pressionado por João, é forçado a colocar o dedo no gatilho de uma arma, que é disparada contra Pedro, que vem a falecer, não atua com vontade. Não houve, portanto, conduta, pois, mesmo sabendo que atirando poderia causar a morte de Pedro, não atuou com vontade, devido à coação física a que fora submetido.<sup>77</sup>

Carnelutti descreveu o processo da vontade dividindo-o em três etapas. Em uma primeira fase, existe uma representação mental da situação pelo agente, que se antecipa e comete a ação no plano da fantasia. Na segunda fase, o agente, que já cometeu a ação em seu intelecto, elege as representações e meios que sejam idôneos para alcançar seu objetivo no plano concreto. Por fim, na terceira fase, que consiste na conclusão do processo da vontade, o agente realiza um juízo acerca da relação das condutas escolhidas como idôneas e os resultados a serem alcançados. Caso o agente, nessa terceira fase, aceite os resultados da ação, estará materializada a vontade.<sup>78</sup>

## 4.2 Elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo

Conforme visto, a conduta dolosa materializa-se com a prática consciente e voluntária de realizar os elementos objetivos do tipo penal.

Os tipos penais preveem condutas proibidas que dão “forma e utilidade ao princípio da legalidade”<sup>79</sup>, revelando ao intérprete as ações que, se praticadas, receberão a repreensão estatal. Eles são compostos por elementos objetivos e subjetivos e, em alguns casos, de elementos normativos.

Os modelos abstratos de conduta possuem um verbo como núcleo. Esse verbo expressa a conduta proibida e é esse agir o elemento objetivo do tipo. Também

---

<sup>77</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1. 11. ed. Niterói: Imperto, 2009, p. 186.

<sup>78</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 161.

<sup>79</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 166.

integram como elementos objetivos as consequências das condutas, quando projetadas para o mundo exterior.

Os elementos objetivos são facilmente visualizáveis, porque o tipo é um modelo de conduta, logo, o núcleo do tipo penal é um verbo, que é conceitualmente identificado com a ação. Além da ação, tudo o que se concretizar no mundo exterior é considerado elemento objetivo.

Os elementos subjetivos, por sua vez, referem-se à intenção do agente ao praticar a conduta típica, isto é, relacionam-se com a vontade e a consciência.

A distinção entre os elementos objetivos do tipo e os subjetivos sustenta-se sobre princípios totalmente distintos. Ao tipo objetivo pertencem todas as características do delito que se concretizam no mundo exterior, e ao tipo subjetivo pertencem todos os elementos psíquicos ou outros da conduta interna do agente.<sup>80</sup>

O ordenamento jurídico pátrio optou por explicitar os conceitos de dolo e culpa, elementos subjetivos por excelência.

Conforme é previsto no art. 18, inciso I, do Código Penal, tem-se o crime doloso quando o agente quer o resultado ou assume o risco de sua produção. Quanto ao conceito de culpa, estatuído no inciso II do mesmo artigo, a técnica legislativa utilizada não expressou a essência do delito culposo, tendo, na verdade, apresentado as formas de cometimento do dessa modalidade<sup>81</sup>. Os crimes culposos caracterizam-se pela “falta de previsão do resultado, quando o Direito exigia do agente essa previsão ou é aquele onde, havendo a efetiva previsão do resultado, o agente confia que ele não se configurará”<sup>82</sup>.

Acerca das modalidades de dolo, a primeira previsão trazida no inciso I do art. 18 é denominada de dolo direto. Ao querer o resultado, tem-se “a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto”<sup>83</sup>. A segunda previsão, chamado pela doutrina de dolo eventual, também estatuída no inciso I e são as situações as quais o agente assume o risco de produção do resultado. Nessa situação, a ocorrência do resultado, apesar de não

---

<sup>80</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 156.

<sup>81</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 165.

<sup>82</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 165.

<sup>83</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

constituir diretamente como a vontade do agente, é por ele admitida. Assim, por prever o resultado e comportar-se com indiferença, o dolo eventual é também conhecido como dolo indireto.

Os elementos normativos, quando presentes em alguma conduta típica, exigem do intérprete uma depuração axiológica, demonstrando que o tipo não é isento de valor crítico, como entendia Beling, pois, para a perfeita compreensão desses tipos, o intérprete “não pode se limitar a conhecer, isto é, a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos um dado natural, mas deve realizar uma atividade valorativa”<sup>84</sup>.

Exemplo de tipo que contém elemento normativo é o delito de uso de informação privilegiada, também conhecido como *insider trading*, veja-se:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.<sup>85</sup>

O tipo exige do intérprete, além de relevante conhecimento do funcionamento do sistema financeiro, uma valoração de quais seriam as “informações relevantes”<sup>86</sup>.

Dessa forma, os tipos penais são constituídos de elementos objetivos e subjetivos, e, em alguns casos, de elementos normativos. Os primeiros consistem nos verbos núcleos e nas consequências externas eventualmente derivadas da ação. Os segundos, referem-se às intenções do agente ao praticar as condutas. Os terceiros, que não estão necessariamente em todos os tipos penais, ao contrário dos dois

---

<sup>84</sup> LUISI, Luiz. **O Tipo Penal e a Teoria Finalista**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1987, p. 57.

<sup>85</sup> BRASIL. Presidência da República. **Lei 6.385/1976 de 07 dez. 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, 07. dez, 1976.

<sup>86</sup> Sobre o tema, confira-se o entendimento de Ana Flávia Chaves Vaz de Mello: “A partir de uma leitura do referido tipo penal, percebe-se a necessidade de um maior conhecimento do ambiente econômico-financeiro, dos termos técnicos e da estrutura fática que lhe são próprios para a conceituação de informação relevante e, logo, para a concretização do crime de uso indevido de informação privilegiada. A grande dificuldade que se impõe ao operador do Direito é justamente o emprego de elementos normativos que remetem a um conhecimento de outras áreas do saber, implicando na imprescindível visão multidisciplinar para melhor compreensão do tema que se propõe” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012).

primeiros, exigem do intérprete um debruçar axiológico acerca de termos presentes no tipo.

### 4.3 O especial fim de agir

As condutas dolosas, em alguns casos, podem vir acompanhadas de “características psíquicas ou determinadas psiquicamente, que servem à estrutura ou fundamentam certos tipos agravados ou atenuados”<sup>87</sup>. Esses estados anímicos especiais são denominados de dolo específico, elemento subjetivo do injusto ou especial fim de agir, e se contrapõem ao dolo genérico.

O dolo genérico consiste na conduta finalística de praticar o delito, sem qualquer finalidade específica. Lado outro, o dolo específico consiste em um estado anímico específico do agente, que necessita estar orientado a uma finalidade específica.

A doutrina tradicional costuma fazer diferença entre o dolo genérico, que seria a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial, e o dolo específico, que seria o complemento dessa vontade, adicionada de uma especial finalidade. Assim, nos crimes contra a honra, não bastaria ao agente divulgar o fato ofensivo à reputação de alguém para se configurar a difamação, sendo indispensável que agisse com dolo específico, ou seja, a especial intenção de difamar, de conspurcar a reputação da vítima. Outra parcela da doutrina costuma, atualmente, utilizar apenas o termo dolo, para designar o dolo genérico, e elemento subjetivo do tipo específico, para definir o dolo específico.<sup>88</sup>

Por sua vez, o delito de extorsão mediante sequestro constitui exemplo claro da presença de especial fim de agir que, no caso, consiste na expressão “com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem”.

Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

---

<sup>87</sup> TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, p. 107-119, dez. 1971. p. 21.

<sup>88</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.<sup>89</sup>

Diverge a doutrina acerca da necessidade de que o especial fim de agir no venha expresso no tipo penal.

Tais elementos [especial fim de agir] diferem do dolo porque ele [dolo genérico] não está expresso no tipo, mas está posto de modo implícito. Os elementos subjetivos do injusto, por sua vez, são expressos e se referem ao estado anímico do agente, que está voltado para uma direção especial.<sup>90</sup>

Esta é a posição que nos parece mais adequada à teoria finalista. Alguns autores, ainda, apreciam a denominação elemento subjetivo do injusto ou elemento subjetivo do ilícito para compor o universo das específicas finalidades que possui o agente para atuar. Entendemos desnecessárias essas últimas duas denominações, bastando considerar a existência do dolo e de suas finalidades específicas, que constituem o elemento subjetivo específico, podendo ser explícito ou implícito.<sup>91</sup>

Os delitos os quais o especial fim de agir encontra-se expresso no tipo não causam polêmicas ou divergências doutrinárias. Questão que provoca empasse é a exigência de um ânimo específico em algum delito o qual o tipo penal não prevê expressamente o especial fim de agir.

A calúnia, por exemplo, não prevê no tipo penal nenhuma finalidade específica. Veja-se:

Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.<sup>92</sup>

Embora ausente no tipo o especial fim de agir, doutrina e jurisprudência majoritária entendem que a finalidade de ofender a honra alheia deve estar presente, mesmo estando o elemento intencional de maneira implícita no tipo.<sup>93</sup> A mesma

---

<sup>89</sup> BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Decreto-lei Lei 2.848/1940 de 07/12/1940. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940..

<sup>90</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155.

<sup>91</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

<sup>92</sup> BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Decreto-lei Lei 2.848/1940 de 07/12/1940. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

<sup>93</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 675.

divergência existe nos demais delitos contra a honra, prevalecendo como majoritária a tese da necessidade de dolo específico tanto na difamação<sup>94</sup>, quanto na injúria<sup>95</sup>.

O posicionamento acerca da necessidade de estados anímicos especiais nos delitos contra a honra encontra-se em ambiente pacificado na doutrina nos tribunais. Mesmo ausentes no tipo, já é entendimento majoritário que nesses delitos o agente deve agir com o dolo específico de ferir a honra alheia.

O mesmo não ocorre com outros delitos, a exemplo do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que, conforme se depreende do tipo, não há a menção expressa de dolo específico.

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.<sup>96</sup>

Afora isso, a doutrina diverge acerca da necessidade, no delito acima, de elemento subjetivo específico de ferir os princípios administrativos que norteiam as licitações para causar prejuízo ao erário.

Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consciente em produzir prejuízo aos cofres públicos por

<sup>94</sup> Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

“Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente, (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa fale a outra de um fato desairoso atribuído a terceiro; embora, assim, esteja agindo com *animus narrandi*, ou seja, a vontade de contar algo que ouviu, buscando, por exemplo confirmação. Embora atitude antiética, não se pode dizer tenha havido difamação. O preenchimento do tipo aparentemente houve (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se ‘dolo específico’)”. (NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 680).

<sup>95</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

“É possível que uma pessoa ofenda outra, embora assim esteja agindo com *animus criticandi* ou até *animus corrigendi*, ou seja, existe a especial vontade de criticar uma conduta errônea para que o agente não torne a fazê-la. Embora muitas vezes quem corrige ou critica não tenha tato para não magoar outra pessoa, não se pode dizer tenha havido injúria. O preenchimento do tipo aparentemente houve (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se ‘dolo específico’)” (NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 682).

<sup>96</sup> BRASIL, Presidência da República. **LEI 8.666/1993 de 21 jun. 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 jun. 1993.

meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário.<sup>97</sup>

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de dispensar ou inexigir a licitação ou de deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação.<sup>98</sup>

A mesma divergência é encontrada nos tribunais, em que há decisões judiciais que entendem pela consumação do delito apenas com a presença de dolo genérico, e outras que exigem o elemento subjetivo específico.

Assim, confiro às normas de natureza penal inseridas na Lei n. 8.666/1993, dentre elas a do art. 89, o objetivo de apenar, na verdade, os administradores efetivamente desonestos, mal-intencionados e criminosos, cabendo ao órgão acusador comprovar o dolo específico do acusado de causar danos aos bens públicos. Apenas sob esse enfoque é que, em crimes semelhantes ao destes autos, poderá a alegação de inexperiência do administrador e de seus assistentes auxiliar na descaracterização do tipo.<sup>99</sup>

O crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, onde não se exige dolo específico de fraudar o erário ou efetivo prejuízo à administração pública, bastando para sua configuração que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa.<sup>100</sup>

Dessa forma, o especial fim de agir, também conhecido como dolo específico ou elemento subjetivo do tipo, constitui um estado anímico especial que é exigido para consumação de alguns tipos penais. A doutrina e jurisprudência pátrias divergem acerca da necessidade ou não de esses estados especiais de vontade estarem expressos nos tipos penais em alguns delitos, como ocorre no art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

---

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 903-904.

<sup>98</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 122011/PR. Relator: Laurita Vaz. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 26 nov. 2008.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS: HC 122011/PR. Relator: Laurita Vaz. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2008..



## 5 BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES DE LICITAÇÃO

Conforme explicitado no capítulo que tratou da justificção do poder punitivo do Estado, o convívio harmônico na sociedade é possível, por dentre outros fatores, pelo desestímulo de determinadas condutas que ofendem valores nobres, delineados de bens jurídicos. Esses valores são tipificados, isto é, protegidos por tipos penais, e justificam a punição do Estado em caso de prática injustificada da conduta proibida, sujeitando o autor a uma pena.

O bem jurídico funciona como padrão crítico apontando o que será adequado ou não para o estabelecimento da sanção criminal, em outras palavras trata-se na exata manifestação da subsidiariedade e *ultima ratio* do Direito Penal. Tal função crítica engloba tanto uma perspectiva que se pode chamar negativo-preventiva (vinculativa do legislador penal, operando como limite a sua atividade legiferante), bem como a perspectiva axiológico-positiva, exaltando a importância protetiva do bem eleito.<sup>101</sup>

No capítulo o qual foram tecidas considerações acerca do Princípio da Ofensividade, foi explicitada a relação entre esse com o caráter subsidiário do Direito Penal. Seguindo um ideário de intervenção mínima, o Direito Penal é reservado àquelas situações as quais o bem jurídico protegido pelo tipo tenha sido lesionado ou exposto a um perigo de lesão.

Conforme pensamento de Liszt, a realidade social determinará a escolha de quais são os bens jurídicos que justificarão, em caso de violação, a resposta do Estado.

A realidade social constitui ambiente constante de mutação. Os valores que são considerados nobres variam com o passar do tempo e, conseqüentemente, a legislação penal também varia, seja criando novos tipos para proteger novos valores, seja revogando tipos que protegem valores que não mais encontram na realidade social a devida ressonância.

---

<sup>101</sup> LEAL, Rogério Gesta, RITT, Caroline. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro?. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller.. (Org.). **TEMAS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DOS CRIMES AOS ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA POLÊMICOS**. 1.Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, 2015, v. 01, p. 109-130, p. 111.

Isso ocorre, pois, a lei “não é entidade espontaneamente gerada ou *sine matre creata*”<sup>102</sup>, sendo, em verdade, fruto da realidade social no momento histórico de sua criação, ou seja, ela reflete o desejo da sociedade de ver protegido determinado valor que anteriormente não contava com a proteção jurídica.

Nos últimos tempos, devido a aceleração do processo de globalização e do desenvolvimento de ferramentas tecnológicas, interessante movimento pôde ser observado na escolha dos bens jurídicos. Pode-se afirmar que o ordenamento jurídico, que tradicionalmente protegia questões com aspectos individuais, passou a se preocupar com valores e interesses da coletividade. Nesse contexto, a proteção penal de valores como o meio ambiente, relações de consumo e a moralidade administrativa passaram a refletir o anseio social e ganharam notória importância.

O Direito, como produto da cultura humana para tutela de interesses particulares, elevou-se a defesa e à conservação da sociedade. Agora, além de interesses individuais e coletivos, tutela também interesses difusos e transindividuais. E, mais recentemente, fala-se nos fundamentais de quarta geração, cujo escopo abarca o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, na tentativa de englobar todos os direitos fundamentais desenvolvidos anteriormente para a sedimentação de uma verdadeira globalização política, ao lado das globalizações econômica e cultural.<sup>103</sup>

Ademais, os valores nobres de uma determinada realidade social podem ser extraídos dos documentos que a regulam. No caso brasileiro, inclusive, pela adoção de um modelo analítico no texto constitucional, é possível extrair da Constituição da República alguns valores elencados como mais preciosos pela sociedade brasileira recente.

## 5.1 A Constituição República Federativa do Brasil de 1988

Em 1988, quando se promulgou atual a Constituição da República, a democracia acabara de ser restaurada no país, sendo o novo texto constitucional um retrato do momento social e político vivido pelo Brasil à época.

---

<sup>102</sup> HUNGRIA, Néelson et al. Comentários ao código penal. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955,, p. 72-73.

<sup>103</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal da Probidade Administrativa**. São Paulo: MPSP, 2011, p. 2.

Já no Título I, a Constituição elenca os fundamentos República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>104</sup>

Pelo disposto no parágrafo único do art. 1º, percebe-se que a vontade popular será responsável pela condução do Estado. O poder emanar do povo rememora a ideia da escolha dos bens jurídicos a partir da realidade social, conforme delineado por Liszt.

Adiante, após estabelecer os fundamentos e os Poderes da União<sup>105</sup>, o texto constitucional passa a estabelecer os objetivos fundamentais que serão perseguidos pelo Estado brasileiro.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

---

<sup>104</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

<sup>105</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>106</sup>

Pela análise dos verbos que compõem os objetivos da República recém criada, quais sejam, “construir”, “garantir”, “erradicar”, “reduzir” e “promover”, extrai-se o que a realidade social apontou, à época, como prioridade, isto é, o rol de valores preciosos que serão buscados pelo Estado brasileiro.

A escolha de um objetivo como a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” pode ser interpretado como a realidade social percebendo, em 1988, uma sociedade carente de liberdade, de justiça e de solidariedade. De igual maneira, o objetivo da erradicação da pobreza e da marginalização reflete um cenário em que tais situações estão presentes na sociedade e os membros dela elencaram a mudança desse cenário como valor de grande relevância.

Nesse sentido, é importante destacar que esses princípios e valores irão irradiar por toda a Constituição e, por sua vez, por todo o ordenamento jurídico pátrio. Assim, o Estado brasileiro, no âmbito de todos os seus Poderes, são inflados pelos novos valores elegidos pelo povo como de nobreza elevada.

Princípios como estes fazem transparecer uma suprallegalidade material e se tornam fonte primária do ordenamento. Esses princípios apresentam-se como efetivos valores elegidos pela comunidade política local e, enquanto tais, afiguram-se como a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa.<sup>107</sup>

De igual forma, o Direito Penal absorve esse novo contexto valorativo e passa a elencar como bens jurídicos de relevância penal aquilo que foi classificado como fundamental no novo texto constitucional.

Estes elementos normativos é que se afiguram como delineadores de bens jurídicos constitucionais vinculantes, os quais, por sua vez, servirão para os

---

<sup>106</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

<sup>107</sup> LEAL, Rogério Gesta, RITT, CAROLINE. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro?. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller.. (Org.). **TEMAS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DOS CRIMES AOS ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA POLÊMICOS**. 1.Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, 2015, v. 01, p. 109-1302015, p. 112.

efeitos de densificações formais e materiais negativo-preventivas e axiológico-positivas do bem jurídico penal.<sup>108</sup>

Dessa maneira, considerando que a escolha dos bens jurídicos reflete a realidade social, e que o texto constitucional constitui fonte axiológica dos valores nobres da sociedade brasileira, a Constituição da República de 1988, de maneira analítica, trouxe um novo contexto de valores que irradiarão a proteção penal de novos bens jurídicos.

## 5.2 A probidade administrativa e as licitações públicas como bens jurídicos relevantes

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, algumas questões que envolvem a Administração Pública sofreram alterações e refletiram a vontade da realidade social à época. Nas situações as quais o Estado realizará negócios jurídicos com os particulares, salvo situações excepcionais, a regra será a realização de licitação pública.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> LEAL, Rogério Gesta, RITT, Caroline. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro?. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller.. (Org.). **TEMAS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DOS CRIMES AOS ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA POLÊMICOS**. 1.Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, 2015, v. 01, p. 109-130 p. 112.

<sup>109</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988..

Desse modo, a realização de licitação pública tornou-se a regra nos negócios jurídicos que envolvem a Administração Pública. Assim, quando a Administração desejar realizar obras, contratar serviços, comprar ou alienar bens, deverá realizar um procedimento administrativo que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Apesar de ausente no inciso citado, também constitui finalidade do procedimento licitatório a busca do menor preço, haja vista que a Administração Pública deve gerir o erário com eficiência.

O novo valor constitucional de obrigatoriedade das licitações, que foi extraído da realidade social à época, irradiou para o ordenamento jurídico pátrio. Fruto desse novo valor, foi a aprovação da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que regulamentou o inciso XXI, do art. 37, da Constituição da República.

Afora isso, a nova lei, já no art. 3º, estabeleceu princípios jurídicos aplicáveis às licitações, destacando-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade administrativa.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.<sup>110</sup>

A nova forma de condução dos negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública constituiu valor relevante para o contexto social. Assim, transformou-se em manifesto bem jurídico, possuindo inclusive relevância penal.

O que estamos querendo dizer é que há bens jurídicos constitucionais que ensejam a regulamentação pontual dos procedimentos negociais da Administração Pública, e são estes os do *caput* do art. 37, da CF/88, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A violação de quaisquer destes bens jurídicos é tão grave que implica, por exemplo, responsabilidades administrativas (funcionais), civis (improbidade) e penais (sanções em face da liberdade).<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> BRASIL, 1993.

<sup>111</sup> LEAL, Rogério Gesta, RITT, CAROLINE. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro?. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller.. (Org.). **TEMAS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DOS**

A inobservância das novas regras que regulam o procedimento licitatório podem macular a licitação, tornando-a passível de desconstituição por razões de juridicidade, seja pela própria autoridade administrativa que conduz o certame, seja por decisão judicial de autoridade competente.<sup>112</sup>

A partir do art. 89 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, é materializada a relevância penal do bem jurídico que ganhou importância na Constituição da República de 1988. Foram tipificadas um rol de dez condutas sujeitas a pena de detenção, sendo a primeira delas a ação de dispensar ou inexigir a licitação fora dos casos excepcionais.

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.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.<sup>113</sup>

Após a tipificação da conduta de dispensar ou inexigir a licitação fora das exceções previstas em lei, há a tipificação de um total de nove condutas que visam proteger o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios<sup>114</sup> (art. 90), o sigilo das

---

CRIMES AOS ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA POLÊMICOS. 1. Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, 2015, v. 01, p. 109-130 2015, p. 114.

<sup>112</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 380.

<sup>113</sup> BRASIL, 1993.

<sup>114</sup> 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.

propostas<sup>115</sup> (art. 91), a igualdade de participação<sup>116</sup> (art. 95), a lisura do procedimento<sup>117</sup> (art. 96), dentre outras características que garantem que a licitação seja realizada nos estritos moldes delineados em lei. Tal proteção penal constitui inegável desdobramento da vontade social que elencou a lisura administrativa como valor relevante.

### **5.3 As situações excepcionais da dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório**

Como visto, a licitação é o meio pelo qual a Administração Pública realiza negócios jurídicos com os particulares. Por meio desse instituto, é assegurada igualdade de condições de participação e é ampliada a presunção de que a Administração Pública conseguirá obter a melhor proposta, perseguindo, então, o interesse público.

O citado inciso XXI, do art. 37, da Constituição da República, trouxe a regra da obrigatoriedade da licitação para as relações comerciais do Poder Público com os particulares. Ocorre que, no mesmo dispositivo, há a referência de casos excepcionais, os quais a licitação não será realizada.

---

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> Art. 95. Afastar ou procurar 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.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

<sup>117</sup> Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Assim, pela própria previsão de casos excepcionais, é possível que a Administração Pública contrate diretamente com um particular, situação denominada de Contratação Direta.

Tais situações são trazidas nos artigos 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, e são denominadas de “dispensa” e de “inexigibilidade” do procedimento licitatório. A diferença entre os institutos é que na dispensa existe a possibilidade de ocorrer a licitação, contudo, pela discricionariedade da Administração, faculta-se a não ocorrência do certame. Já na inexigibilidade, não há a possibilidade de ocorrer a competição, porque o objeto a ser adquirido ou o profissional a ser contratado é único, tornando a competição, portanto, inviável.<sup>118</sup>

Existe uma razão para a existência do instituto da Contratação Direta. Isso porque, na inexigibilidade, a licitação formal seria impossível e todo o procedimento administrativo que envolve a atuação de servidores seria inútil, pois não há como selecionar uma proposta dentre várias, porque não será possível o recebimento de mais de uma proposta. Já na dispensa, realizar a licitação frustraria a realização adequada das funções estatais, porque, por exemplo, para aquisição bens de pequeno valor, a própria realização do certame já seria contraproducente e mais onerosa para os cofres públicos.

Importante observar que não é pelo fato da Administração Pública contratar diretamente particular que não há um procedimento administrativo a ser observado. Os casos de Contratação Direta apenas autorizam à Administração Pública adotar um procedimento mais simplificado, em que determinadas regras são relegadas, dando lugar a outras. Somado a isso, ainda devem ser respeitados os princípios constitucionais que garantam a escolha da melhor proposta pelo ente público.<sup>119</sup>

O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993 – realiza pesquisa de preços de mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012 p. 371.

<sup>119</sup> Em uma sociedade acostumada aos escândalos em licitações públicas passa-se a errônea ideia de que nas contratações diretas há um “sinal verde” para a ausência de formalidades com o intuito unicamente de fraudar os cofres públicos e para se cometer crimes. Mesmo nos casos em que o procedimento formal exauriente da Lei 8.666/93 não é observado, a contratação não é realizada de maneira aleatória, dando lugar a caprichos e contornos subjetivos daquele que age como administrador público.

<sup>120</sup> TCU, 2003, Ap 100/2003.

Dessa maneira, apesar de ter sido elencada como regra para a realização de negócios jurídicos pela Administração Pública, a licitação em alguns casos é relativizada, dando lugar a Contratação Direta. Contudo, a dispensa ou a inexigibilidade da licitação ainda deve perseguir o interesse público, consistente na escolha mais vantajosa para o erário.

## **6 A ESTRUTURA TÍPICA DO DELITO DO ART. 89, *CAPUT*, DA LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 1993**

Conforme restou sedimentado ao longo do presente trabalho, o Estado desestimula a prática de determinadas condutas que ofendem bens jurídicos relevantes. Para tanto, lança mão da pena, que consiste na supressão momentânea de direitos fundamentais do apenado.

Como as condutas indesejadas continuam a ocorrer, mesmo havendo a punição por parte do Estado, é possível afirmar que, em tal situação, existiria espaço para crescimento do poder punitivo, seja endurecendo as penas existentes, seja adotando penas informais. Destaca-se que Ferrajoli denominou esse sistema de “partido ao meio”, haja vista que apenas a proteção dos direitos fundamentais da coletividade estaria sendo almejada, em detrimento dos direitos fundamentais dos apenados.

Assim, a lei, ao também prever as formas de repreensão do Estado que garantem os direitos fundamentais dos apenados, exerce importante papel limitador e produz uma dupla prevenção da violência, qual seja, a prevenir a ocorrência de novos delitos e prevenir a violência causada por penas informais.

O tipo penal descreve a conduta proibida e pretende proteger determinados bens jurídicos, cuja relevância foi extraída da realidade social de um povo, conforme raciocínio esboçado por Liszt.

Também restou delineado que o Princípio da Ofensividade exige que o bem jurídico o qual cada tipo penal visa proteger precisa, no caso concreto, ser violado ou sofrer perigo de lesão para que a punição estatal seja justificada. A análise desse princípio também pode acontecer antes da entrada em vigor de um novo tipo penal, ainda durante o processo legislativo, impedindo a edição de novos delitos os quais prevejam condutas que não colocam em perigo de lesão o bem jurídico o qual o novo tipo visa proteger.

Foi igualmente tratado no presente trabalho que a proibidade administrativa nos atos da Administração Pública, mais especificamente nas licitações públicas, alcançou nível constitucional e teve sua importância reconhecida pela realidade social de 1988. A partir da previsão constitucional da obrigatoriedade da realização de licitação pública nos negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública, salvo exceções previstas em lei, a realidade social demonstrou que a proibidade das relações

negociais realizadas pelo Poder Público constitui valor de grande importância, consistindo verdadeiro bem jurídico penal.

A partir disso, a Lei Federal nº 8.666, de 1993, além de trazer as regras das Licitações Públicas, trouxe um rol de dez condutas que, se praticadas, sujeitarão ao autor a pena privativa de liberdade.

A conduta tipificada no art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que constitui objeto do presente trabalho, criminaliza a dispensa ou a inexigibilidade irregular dos procedimentos licitatórios, salvo nos casos os quais a Contratação Direta é permitida, bem como criminaliza a não observância das formalidades pertinentes à dispensa e à inexigibilidade.

### **6.1 O bem jurídico protegido no delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993**

Assim dispôs o legislador:

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.<sup>121</sup>

O bem jurídico protegido, “em geral, é a moralidade administrativa e, em termos específicos, é a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação”<sup>122</sup>, ou seja, o tipo visa garantir “a moralidade administrativa e a lisura nas licitações”<sup>123</sup>.

O tipo penal em questão materializou a importância que a probidade administrativa possui na realidade social. O fato de a sociedade reconhecer o procedimento licitatório com um bem jurídico relevante, fez com que a nova conduta proibida fosse criada.

---

<sup>121</sup> BRASIL, 1993.

<sup>122</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

<sup>123</sup> GASPARINI, Diogenes. **Crimes na licitação**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2001, p. 95.

## **6.2 Elementos objetivos e elemento normativo do tipo penal do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993**

Conforme explicitado anteriormente, todos os elementos que compõem as ações descritas no tipo, bem como as circunstâncias de resultado que eventualmente apareçam, são reconhecidos por elementos objetivos.

Pela análise dos verbos, três são as situações de ações que podem ocorrer para a consumação do delito do art. 89, a saber: dispensar, inexigir e deixar de observar. Assim, o tipo em questão é misto alternativo, pois “é constituído de mais de uma conduta punível”<sup>124</sup>.

Além dos verbos, constituem elementos objetivos do tipo em questão os termos licitação, dispensa e inexigibilidade. Pelo fato de o intérprete ter que buscar na parte extrapenal da lei o significado de alguns elementos objetivos, podemos caracterizar o tipo como norma penal em branco.<sup>125</sup>

Já a expressão “formalidades pertinentes” exigirá do intérprete uma depuração axiológica acerca do significado do termo, pode ser considerado um elemento normativo do tipo.

### **6.2.1 A dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei.**

Conforme demonstrado, a lisura dos procedimentos licitatórios foi reconhecida como bem jurídico e, assim, ganhou proteção penal.

A obrigatoriedade da licitação foi prevista já em nível constitucional, que também previu que a lei traria situações excepcionais. A dispensa de licitação consiste em uma dessas exceções e permite que a Administração Pública contrate diretamente com o particular.

O rol taxativo de situações as quais a Administração Pública poderá, em manifesta discricionariedade, consta no art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, sendo, no total, dezenas de situações.

---

<sup>124</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

<sup>125</sup> NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

As situações mais comuns referem-se a questões de valor<sup>126</sup>, na qual o procedimento seria ineficiente, pois o baixo valor envolvido faz com que a licitação fique mais oneroso para a Administração Pública.

Também constituem hipóteses de dispensa as situações excepcionais, as quais o regular trâmite do procedimento licitatório violaria o interesse público. Em algumas situações, existe demanda urgente para compra de determinado bem ou contratação de determinado serviço, tais como nos casos de guerra, grave perturbação da ordem<sup>127</sup>, calamidade pública, emergência<sup>128</sup>, comprometimento da segurança nacional<sup>129</sup> ou intervenção da União no domínio econômico<sup>130</sup>.

Destaca-se que algumas das hipóteses de dispensa apresentam certa dificuldade interpretativa e, considerando que a não realização da licitação pode ser considerada um delito, a questão mostra-se delicada.

---

<sup>126</sup> Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

(...)

XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do *caput* do art. 23;

<sup>127</sup> III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

<sup>128</sup> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

<sup>129</sup> IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

<sup>130</sup> VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;<sup>131</sup>

O destaque do inciso acima mostra a dificuldade do administrador público para decidir ou não pela Contratação Direta. Imperioso ressaltar que os dispositivos administrativos serão interpretados por todos os chefes do Poder Executivo do país, do Presidente da República aos Prefeitos de todos os municípios.

A confusão se acentua quando o administrador público se depara com a previsão, contida no art. 17 da Lei Federal nº 8.666, de 1993. O dispositivo trata das hipóteses de licitação dispensada, ato administrativo diverso da dispensa de licitação.

### **6.2.2 A inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei.**

Conforme dito, as situações de Contratação Direta pela modalidade da inexigibilidade de licitação caracterizam-se pela impossibilidade de ser realizada uma competição no certame, ou seja, não há a “exigência do torneio, por sua inviabilidade”<sup>132</sup>.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

<sup>131</sup> BRASIL, 1993.

<sup>132</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5. ed., Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 830.

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2o Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Diferentemente do que ocorre nas hipóteses de dispensa da licitação, as quais são trazidas em rol taxativo de situações, as hipóteses de inexigibilidade previstas no artigo acima são exemplificativas. Assim, caberá ao administrador público interpretar as situações trazidas na lei e adequar a eventual demanda existente na Administração Pública.

Contudo, pela análise de alguns dos termos da lei que exemplificam a inexigibilidade, tais como “crítica especializada” e “opinião pública”, o administrador público pode realizar interpretações equivocadas e, como a Contratação Direta pode ser considerada criminosa, a questão apresenta-se delicada.

### **6.3 Elemento subjetivo do tipo penal do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, e a análise da Ofensividade**

Conforme já foi delineado no capítulo atinente à estrutura dos tipos dolosos, a doutrina e jurisprudências pátrias divergem acerca da existência de um elemento subjetivo específico no tipo penal do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993. Questiona-se: bastaria, para a configuração do delito, a presença do dolo genérico ou deve haver o especial fim de agir, consistindo esse no estado anímico do administrador público em ferir a moralidade administrativa?

O tipo penal não traz explicitamente nenhum estado anímico específico, levando a crer que apenas o dolo genérico precisaria estar presente. Contudo, para aqueles que aceitam a existência de elementos subjetivos específicos implícitos nos tipos penais, é possível defender que a caracterização do delito em questão exigiria a presença de um especial fim de agir, consistente em ferir a moralidade administrativa.

Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consciente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário.<sup>133</sup>

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de dispensar ou inexistir a licitação ou de deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação.<sup>134</sup>

O entendimento o qual bastaria apenas a presença de dolo genérico no delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, vigorava majoritariamente no Superior Tribunal de Justiça, e pode ser extraído dos julgados HC nº 94.720/PE, Quinta Turma, Ministro Felix Fischer, *DJe* de 18.08.2008; HC nº 113.067/PE, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, *DJe* de 10.11.2008; REsp nº 1.073.676/MG, Quinta Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 12.04.2010; HC nº 122.011/PR, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, *DJe* de 28.06.2010; HC nº 171.152/SP, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, *DJe* de 11.10.2010; REsp nº 1.185.750/MG, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, *DJe* de 22.11.2010; HC nº 109.039/BA, Sexta Turma, Ministro Jorge Mussi, *DJe* de 30.06.2011.

No julgamento da Ação Penal nº 480, que tramitou na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento sofreu mudança significativa acerca do elemento subjetivo do tipo, eis que a Corte posicionou-se pela necessidade de comprovação do dolo específico para condenação no delito previsto no art. 89.

Ouso divergir da orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, por entender que as infundáveis e naturais dúvidas que gravitam em torno da legalidade dos atos praticados em todos os momentos pelas administrações em geral, ensejando erros e acertos por parte dos agentes públicos, inclusive pelos mais habilitados juridicamente, impõem uma interpretação mais

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 903-904.

<sup>134</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.

cuidadosa e restrita das normas punitivas, sobretudo as do âmbito criminal. Ademais o engessamento da atividade administrativa mediante ameaças de condenações criminais é tão pernicioso quanto a sua liberação total, descontrolada, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio na interpretação das normas jurídicas destinadas a punir os agentes públicos, os quais têm a obrigação de impedir uma desastrosa estagnação da atividade estatal. Assim, confiro às normas de natureza penal inseridas na Lei n. 8.666/1993, dentre elas a do art. 89, o objetivo de apenar, na verdade, os administradores efetivamente desonestos, maus intencionados e criminosos, cabendo ao órgão acusador comprovar o dolo específico do acusado de causar danos aos bens públicos. Apenas sob esse enfoque é que, em crimes semelhantes ao destes autos, poderá a alegação de inexperiência do administrador e de seus assistentes auxiliar na descaracterização do tipo.<sup>135</sup>

A fundamentação trazida acima, entende que o delito em questão é reservado aos agentes públicos ímprobos, não aos agentes os quais tenham se equivocado no trato da coisa pública. Até porque, a técnica legislativa utilizada para previsão dos casos os quais a regra de realização do procedimento licitatório é afastada, mostrou-se confusa e complexa.

Na citada guinada jurisprudencial, o órgão julgador interpretou o tipo penal e não se limitou a repetir o entendimento que vigorava até então. Nos julgados anteriores, o Tribunal se furtava da análise dos aspectos anímicos do agente público devido à ausência dolo específico explícito no tipo penal do art. 89.

O de que mais se precisa no preparo dos juristas de hoje é fazê-los conhecer bem as instituições e os problemas da sociedade contemporânea, levando-os a compreender o papel que representam na atuação daqueles e aprenderem as técnicas requeridas para a solução destes.<sup>136</sup>

Assim, não é porque a técnica legislativa utilizada na elaboração do tipo não explicitou o dolo específico que impossibilita o julgador, atento às circunstâncias que permeiam a proteção do bem jurídico, a análise das circunstâncias anímicas no caso concreto.

Com a quantidade de especificidades nos institutos da dispensa e da inexigibilidade, somado ao fato de existir o instituto da licitação dispensada, imperioso afirmar que erros podem ser cometidos por parte do administrador público na condução dos procedimentos administrativos. Contudo, conforme analisado

---

<sup>135</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AÇÃO PENAL Nº 480 - MG (2006/0259090-0). Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura; R.P/Acórdão : Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 29 mar. 2012.

<sup>136</sup> BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 383.

anteriormente, em uma leitura estritamente formal do delito do art. 89, o estado anímico do administrador público nem mesmo seria avaliado.

Lado outro, conforme a nova fundamentação que interpretou o delito do art. 89, entendeu acertadamente que para que ocorra a consumação é necessária a presença de um estado anímico específico ímprobo, isto é, na vontade de comportar-se como agente público desonesto e desejando defalcicar os cofres públicos.

A exigência desse elemento subjetivo específico derivou fundamentou-se no entendimento que interpretou o porquê da existência do tipo penal do art. 89. Esse delito existe para proteger o bem jurídico de condutas perpetradas por agentes públicos notoriamente ímprobos. Lado outro, aqueles agentes os quais porventura equivocam-se na condução da gestão administrativa não constituem os reais destinatários do delito.

Em uma análise mais aprofundada da questão, percebe-se que a prática, sem especial fim de agir, de dispensar o procedimento licitatório fora das hipóteses legais, ou inexigi-lo nas mesmas circunstâncias, ou ainda, de deixar de observar as formalidades desses procedimentos, não é apta a ferir a moralidade administrativa, que é o bem jurídico protegido pelo tipo penal do art. 89.

A maneira a qual o filtro da ofensividade é utilizado na etapa legislativa pode ser adequada para solucionar questões como a presente. Isso porque, estando ainda no processo legislativo, o filtro da ofensividade possibilita barrar a edição de tipos penais que prevejam condutas que efetivamente não protegem o bem jurídico que o novo tipo quer proteger. Na situação presente, não há ofensa ao bem jurídico probidade administrativa nos casos concretos que envolvem o art. 89 os quais o agente público não comporta-se com estado anímico específico de fraudar os cofres públicos.

Ao comportar-se sem o especial fim de agir de prejudicar a Administração Pública, o agente público não cria um risco para o bem jurídico protegido.

Cabe ao juiz verificar o desvalor da conduta, ou seja, se o agente, com sua conduta, criou ou incrementou um risco proibido relevante; essa criação ou incremento de risco relevante era enfocada por Roxin como parte integrante da teoria da imputação objetiva. Frisch, entretanto, muito acertadamente, entende que a criação ou incremento de risco proibido não é uma questão de imputação objetiva, e sim de desaprovação da conduta; nós reputamos como correto o posicionamento de Frisch, mas não negamos o valor da construção

de Roxin, fundada na teoria do risco proibido, daí o seu aparecimento como base do juízo de valoração de conduta;<sup>137</sup>

O Direito Penal, que é subsidiário e reservado às situações mais gravosas, não pode ser utilizado em situações as quais a conduta do agente não é apta a ofender o bem jurídico protegido pelo tipo.

---

<sup>137</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 16-17.

## 7 CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto na presente pesquisa, algumas conclusões podem ser extraídas que poderão ensejar reflexões nos operadores da ciência jurídica na interpretação do delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

A tipificação de condutas tem por finalidade coibir a prática de ações que ofendam bens jurídicos de relevância atestada pela realidade social. No caso brasileiro, principalmente após a Constituição da República de 1988, a moralidade administrativa e a lisura dos procedimentos licitatórios alcançaram a importância de bens jurídicos penalmente relevantes, razão pela qual, no ano de 1993, por meio da Lei Federal nº 8.666, houve a tipificação de condutas que visam proteger esses novos valores.

O art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, busca coibir os administradores públicos de dispensar ou inexigir o procedimento licitatório fora das hipóteses previstas em lei, bem como prevê como comportamento desviante a não observância de formalidades nesses procedimentos.

A técnica utilizada no tipo em questão não trouxe, de maneira expressa, a exigência de um especial fim de agir específico por parte do agente público, fazendo crer, em uma interpretação mais rasteira, que o tipo se satisfaz, para consumar-se, somente com a presença do dolo genérico.

Essa interpretação, que por muito tempo apresentou-se como tese jurídica dominante no Superior Tribunal de Justiça, limitava-se a exigir apenas o dolo genérico para consumação do delito em questão justamente porque o tipo penal não prevê, expressamente, nenhum comportamento específico.

Contudo, é possível que existam estados anímicos implícitos nos tipos penais, a exemplo do que ocorre nos delitos contra a honra. Mostra-se pacífico nos tribunais superiores o entendimento de que, nesses delitos, para que se possa falar em consumação, o especial fim de agir consistente na intenção inequívoca de macular a honra alheia necessita estar presente, mesmo o tipo penal não trazendo esse elemento de maneira explícita. Assim, a técnica legislativa não impede a interpretação, isto é, a análise se determinado delito possui, ou não, elemento subjetivo específico perpassa pela fundamentação jurídica, não se resumindo a uma interpretação literal do tipo.

Posto isso, pode-se inferir que existem delitos que, para consumarem-se, exigem determinados estados anímicos por parte do sujeito ativo, podendo esses elementos estarem ou não explícitos no tipo.

Extrai-se também do trabalho, que o Princípio da Ofensividade consiste em verdadeiro filtro que busca retirar do âmbito do Direito Penal aquelas condutas que não ofendam bens jurídicos ou que não os coloquem em perigo de lesão. Esse filtro pode ser utilizado tanto na análise dos casos concretos levados ao Poder Judiciário, quanto no processo de criação de novos tipos penais realizado pelo Poder Legislativo. Nesse último, o filtro da ofensividade busca evitar a criação de tipos penais que prevejam condutas que não ofendem ou não exponham a perigo o bem jurídico o qual visam proteger.

Pela análise do delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, o tipo visa proteger a probidade administrativa e, por via de consequência, os cofres públicos. Assim, o delito foi criado para prevenir condutas desviantes praticadas por agentes públicos ímprobos.

Acerca do procedimento licitatório, extrai-se do presente trabalho a complexidade de normas e regulamentos que vinculam os administradores públicos nos negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. A quantidade de detalhes é extensa e nem sempre as hipóteses possuem interpretações claras, dando-se margem para que equívocos possam acontecer.

Assim, pela aplicação do filtro da ofensividade, nos moldes como ocorre no processo legislativo, a conduta do administrador público de dispensar ou inexigir o procedimento licitatório, sem o estado anímico específico de comportar-se de maneira ímproba, não se mostra ofensiva ao bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão.

A grande repercussão alcançada pelos recentes escândalos de corrupção em que agentes públicos ímprobos desviam, exigem vantagens indevidas, sonegam, fraudam licitações, dentre tantas modalidades de “esquemas”, apesar de causarem perturbação social, não devem justificar nenhum rompimento com a dogmática penal adequada. O Direito Penal não pode se curvar a esses sentimentos, devendo-se manter técnico, subsidiário e respeitador do Princípio da Ofensividade.

Repisa-se que o delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, foi criado para proteger a moralidade administrativa de condutas perpetradas por agentes públicos ímprobos, razão pela qual pode-se afirmar que, não estando presente o

especial fim de agir de comportar-se de maneira desonesta, a conduta não é apta a ofender nem tampouco a colocar em perigo de lesão o bem jurídico protegido.

Por fim, conclui-se que o delito do art. 89, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, possui elemento subjetivo específico implícito, qual seja, comportar-se de maneira ímproba, que, em caso de ausência, transforma a conduta em um indiferente penal, haja vista que não é apta a ofender o bem jurídico protegido pelo tipo.



## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Junior Leite. O caráter fragmentário do direito penal e as limitações na atividade persecutória do Estado. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42127&seo=1>>. Acesso em: 26 dez. 2016.
- ANTÓN ONECA, José. **Derecho Penal**. 2 ed. Madri: Akal, 1986.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Caroline Müller.. (Org.). **Temas da jurisdição do tribunal de justiça do rio grande do sul**: dos crimes aos ilícitos de natureza pública incondicionada polêmicos. Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, 2015, v. 01, p. 109-130.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998. 2v.
- BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2.ed.Rio de Janeiro: Almedina, 2014.
- BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei PL 1164/1991 de 11 jun. 1991**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas a que estão sujeitos os infratores da legislação protetora da fauna e da flora e das outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=188347>>. Acesso em 01. out. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Decreto-lei Lei 2.848/1940 de 07/12/1940. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Aceso em 01. out. 2016
- BRASIL. Presidência da República. **Lei 6.385/1976 de 07 dez. 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, 07. dez, 1976. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385compilada.htm)>. Acesso em: 01. out. 2016.

BRASIL, Presidência da República. **LEI 8.666/1993 de 21 jun. 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em 01. out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Veto do parcial do Projeto de Lei 1164/1991**. Brasília, 12 fev, 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16047-16048-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016

BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.605/1998 de 12 fev. 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv\\_Identificacao/lei%209.605-1998?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv_Identificacao/lei%209.605-1998?OpenDocument)>. Acesso em 01. out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 122011/PR. Relator: Laurita Vaz. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267055/habeas-corpus-hc-122011-pr-2008-0262909-5/inteiro-teor-15267056>>. Acesso em: 01. nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.750 - MG (2010/0049931-4). Relator: Ministro Gilson Dipp. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 29 mar. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12666614&num\\_registro=201000499314&data=20101122&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12666614&num_registro=201000499314&data=20101122&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 01. 10. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: nº 171.152 – SP (2010/0079761-0) Relator: Ministro Og Fernandes. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 21. set. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12666614&num\\_registro=201000499314&data=20101122&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12666614&num_registro=201000499314&data=20101122&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 01. out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal nº 480 - MG (2006/0259090-0). Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura; R.P/Acórdão : Ministro Cesar Asfor Rocha. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 29 mar. 2012. Disponível em <<https://www.mpto.mp.br/media/caops/patrimonio-publico/files/files/stj-apn-480-mg-em-29032012-dispensa-de-licitacao-ausencia-de-dolo-especifico-e-dano-ao-erario.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus Nº 94.720 - PE (2007/0271171-7). Relator: Ministro FELIX FISCHER. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 jun. 2008. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=795000&num\\_registro=200702711717&data=20080818&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=795000&num_registro=200702711717&data=20080818&formato=PDF)>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 113.067 – PE (2008/0174888-8). Relator: Ministro Leucio Lemos Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=8>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 100/2003** – Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Brasília, 12 fev. 2003. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A100%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2>>. Acesso em 01. Out. 2016.

CARBONELL, **Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. In: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel**. 2009. Disponível em: <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>. 13/12/2016. 11:50

EPICURO, Massime Capitali, XXXI, XXXIII e XXXVIII. In: PARENTE, Isnard. (coord) **Opere**. Torino: Utet, Torino, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. **Direito penal brasileiro**: parte geral : princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Crimes na licitação**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2001

GINSBERG, Morris. **On justice in society** (1965). Trad. It. De V. Ferrari, La giustizia nella società, Giuffrè, Milano, 1981.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. V.1. 11. Ed. 11ª Ed. Niterói, RJ, Impetus, 2009.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LEAL, Rogério Gesta, RITT, CAROLINE. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro?. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller.. (Org.). **TEMAS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DOS CRIMES AOS ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA POLÊMICOS**. Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, 2015, v. 01, p. 109-130

LUIZI, Luiz. **O Tipo Penal e a Teoria Finalista**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1987.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios e delitos de peligro**. Granada: Comares, 1997.

MEDEIROS, Alexandre. A Justiça e a constituição do Estado na República de Platão. **Consciência Política**. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/a-justi%C3%A7a-e-a-constitui%C3%A7%C3%A3o-do-estado-na-republica-de-plat%C3%A3o>> Acesso em: 15. dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal da Probidade Administrativa**. São Paulo: MPSP, 2011

MELLO, Ana Flávia Chaves Vaz de. Elemento normativo do tipo e legalidade cerrada no crime de uso indevido de informação privilegiada: considerações sobre a instrução 358 da Comissão de Valores Mobiliários. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9857](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9857)>. Acesso em 1 jan 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares; Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris. 1988.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5. ed., Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

PRIMEIRA Turma encerra ação penal contra homem acusado de furto de aves. **Notícias do STF**. Brasília, 21 de mai, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267287&caixaBusca=N>>. Acesso em 01. out. 2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Trad. Laura Alves; Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

SANCHEZ, Maria Isabel García de Paz. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANCHEZ, Maria Isabel García de Paz. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SENECA. De Ira. Livro I, Cap. XIX. In: R. Del Re, Zaniechelli, (coord) **Operette morali**, Bologna, 1977, vol II.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, p. 107-119, dez. 1971. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7199>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedros; Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Renvan, 1991.



## ANEXO 1

### Seção VI Das Alienações

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de quinze módulos fiscais e não superiores a 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, de regulamento ou de ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural limitada a quinze módulos fiscais, desde que não exceda a 1.500ha (mil e quinhentos hectares); (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016)

§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração nãocontempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008)

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.763, de 2008)

§ 3o Entende-se por investidura, para os fins desta lei: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 4o A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5o Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6o Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 7o (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

Art. 18. Na concorrência para a venda de bens imóveis, a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% (cinco por cento) da avaliação.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

## **Capítulo II Da Licitação**

### **Seção I Das Modalidades, Limites e Dispensa**

Art. 20. As licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impedirá a habilitação de interessados residentes ou sediados em outros locais.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O aviso publicado conterà a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concurso; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - cinco dias úteis para convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva

disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4o Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1o Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2o Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3o Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4o Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5o Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6o Na hipótese do § 3o deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 7o Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3o deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8o É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

§ 9o Na hipótese do parágrafo 2o deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 1o As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2o Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3o A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4o Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

§ 5o É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de

"tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Art. 24. É dispensável a licitação: (Vide Lei nº 12.188, de 2.010) Vigência

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os

fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; (Regulamento)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de

exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por

pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007). (Vigência)

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010) Vigência

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3o, 4o, 5o e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

§ 1o Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos,

sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 2o O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 3o A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 4o Não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do art. 9o à hipótese prevista no inciso XXI do caput. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2o Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

### **Seção III**

#### **Dos Crimes e das Penas**

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.

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

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. 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.

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: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

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.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

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

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

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

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.



## ANEXO 2

Mensagem nº 181

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade e por contrariar o interesse público, o Projeto de Lei nº 1.164, de 1991 (nº 62/95 no Senado Federal), que "Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências".

Ouvidos, o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e o Ministério da Justiça, opinaram pelo veto aos seguintes dispositivos do projeto:

### Art. 1º

“Art. 1º As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente são punidas com sanções administrativas, civis e penais, na forma estabelecida nesta Lei.

Parágrafo único. As sanções administrativas, civis e penais poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”

### Razões do veto:

“A proposta original do Poder Executivo objetivava “dispor sobre a criação e a aplicação de multas, de conformidade com a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, com a nova redação da Lei nº 7.803, de 15 de julho de 1989, e a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967”, para “sistematizar as penalidades e unificar valores de multas a serem impostas aos infratores da flora e da fauna” (Exposição de Motivos nº 42, de 22 de abril de 1991, do Senhor Secretário do Meio Ambiente).

No Congresso Nacional, a propositura foi amplamente debatida, o que culminou na ampliação do seu objetivo inicial, de modo a consolidar a legislação relativa ao meio ambiente, no que tange à matéria penal.

Não obstante a intenção do legislador, o projeto não alcançou a abrangência que se lhe pretendeu imprimir, pois não incluiu todas as condutas que são hoje punidas por nocivas ao meio ambiente. Como exemplo, cite-se: o crime de difusão de doença ou praga, contido no art. 259 do Código Penal; a proibição da pesca de cetáceos (baleias, golfinhos, etc...) nas águas jurisdicionais brasileiras, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987, ou a contravenção prevista na alínea “m” do art. 26 da Lei nº 4.771/65 (soltar animais ou não tomar precauções para que o animal de sua propriedade não penetre em florestas sujeitas a regime especial).

Se mantido o art. 1º, condutas como estas não mais poderiam ser coibidas. Com o veto, permanecem em vigor as atuais proibições, mesmo que não incluídas nesta Lei.”

#### **Art. 5º**

“Art. 5º Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o agente, independentemente da existência de culpa, é obrigado a indenizar ou reparar os danos por ele causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por seus atos.”

#### **Razões do veto:**

“O parágrafo 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”, já prevê a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente, conforme reconhecido pela doutrina produzida sobre este tema (TOSHIO MUKAI, Sistematizado, Forense Universitária, 1ª ed., pág. 57, NELSON NERY, CPC Comentado, Ed. RT, 2ª ed., pág. 1408, JORGE ALEX NUNES ATHAIS, Responsabilidade Civil e Meio Ambiente, Dano Ambiental, Ed. RT, pág. 237 ).

A redação do referido dispositivo afigura-se mais consentânea com a terminologia utilizada nas questões ambientais. Ademais, o art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/91 já conta em seu favor com uma ampla jurisprudência.”

#### **Parágrafo único do art. 26**

“Art. 26. ....

Parágrafo único. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à Justiça Estadual, com a intervenção do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados no território de Município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal correspondente.”

**Razões do veto:**

“A formulação equivocada contida no presente dispositivo enseja entendimento segundo o qual todos os crimes ambientais estariam submetidos à competência da Justiça Federal.

Em verdade, são de competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens e serviços ou interesse da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim sendo, há crimes ambientais de competência da justiça estadual e da Justiça Federal. A intenção do legislador de permitir que o processo-crime de competência da Justiça Federal seja instaurado na justiça estadual, quando a localidade não for sede de Juízo Federal (CF, art. 109, § 3º), deverá, pois, ser perseguida em projeto de lei autônomo.”

**Inciso III do art. 37**

“Art. 37. ....  
.....

III - em legítima defesa, diante do ataque de animais ferozes;”

**Razões do veto:**

“O instituto de legítima defesa pressupõe a repulsa a agressão injusta, ou seja, intenção de produzir o dano. Por isso, na síntese lapidar de Celso Delmanto, “só há legítima defesa contra agressão humana, enquanto que o estado de necessidade pode decorrer de qualquer causa.” No caso, a hipótese de que trata o dispositivo é a configurada no art. 24 do Código Penal.”

**Art. 43**

“Art. 43. Fazer ou usar fogo, por qualquer modo, em florestas ou nas demais formas de vegetação, ou em sua borda, sem tomar as precauções necessárias para evitar a sua propagação:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem emprega, como combustível, produtos florestais ou hulha, sem uso de dispositivos que impeçam a difusão de fagulhas suscetíveis de provocar incêndios nas florestas.”

**Razões do veto:**

“A disposição em apreço é demasiadamente imprecisa em sua formulação (*‘precauções necessárias...’*). Isto poderá dar ensejo a aplicações abusivas ou desproporcionais, criando grave quadro de insegurança jurídica ou de autêntica injustiça.

O veto não implica, contudo, liberar indiscriminadamente o uso do fogo em tratos culturais. Este continuará submetido ao disposto no parágrafo único do art. 27 do Código Florestal, o qual pretendemos regulamentar em breve.”

**Art. 47**

“Art. 47. Exportar espécie vegetal, germoplasma ou qualquer produto ou subproduto de origem vegetal, sem licença da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a cinco anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

**Razões do veto:**

“O artigo, na forma como está redigido, permite a interpretação de que entidades administrativas indeterminadas terão que fornecer licença para a exportação de quaisquer produtos ou subprodutos de origem vegetal, mesmo os de espécies não incluídas dentre aquelas protegidas por leis ambientais.

A biodiversidade e as normas de proteção às espécies vegetais nativas, pela sua amplitude e importância, devem ser objeto de normas específicas uniformes. Ademais, existem projetos de lei nesse sentido em tramitação no Congresso Nacional.”

**Art. 57**

“Art. 57. Importar ou comercializar substâncias ou produtos tóxicos ou potencialmente perigosos ao meio ambiente e à saúde pública, ou cuja comercialização seja proibida em seu país de origem:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

§ 1º Para efeito do disposto no *caput*, o Poder Público Federal divulgará, por intermédio do Diário Oficial da União, os nomes dos produtos e substâncias cuja comercialização esteja proibida no país de origem.

§ 2º Se o crime é culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.”

**Razões do veto:**

“Nem todos os produtos tóxicos ou potencialmente perigosos ao meio ambiente e à saúde pública têm seu uso proibido, e sim controlado pelo poder público. Como a redação do art. 57, não se refere a substâncias ou produtos tóxicos ilícitos, a adoção deste dispositivo acarretará, indiretamente, a proibição do uso de toda substância ou produto tóxico ou potencialmente perigoso ao meio ambiente e à saúde pública, ainda que seus benefícios e utilidade sejam comprovados e que, por isso, com a segurança necessária, e devida autorização ou licença da autoridade pública, podem e devem ser empregados.”

**Art. 59**

“Art. 59. Produzir sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão e imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

**Razões do veto:**

“O bem juridicamente tutelado é a qualidade ambiental, que não poderá ser perturbada por poluição sonora, assim compreendida a produção de sons, ruídos e vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão e imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades.

O art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3<sup>o</sup> de outubro de 1941, que define as contravenções penais, já tipifica a perturbação do trabalho ou do sossego alheio, tutelando juridicamente a qualidade ambiental de forma mais apropriada e abrangente, punindo com prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, a perturbação provocada pela produção de sons em níveis inadequados ou inoportunos, conforme normas legais ou regulamentares.

Tendo em vista que a redação do dispositivo tipifica penalmente a produção de sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as normas legais ou regulamentares, não a perturbação da tranqüilidade ambiental provocada por poluição sonora, além de prever penalidade em desacordo com a dosimetria penal vigente, torna-se necessário o veto do art. 59 da norma projetada.”

**Inciso X do art. 72**

“Art. 72.

---

X - intervenção em estabelecimento;”

**Razões de veto:**

“A pena de intervenção em estabelecimento como medida de caráter estritamente administrativo afigura-se, na espécie, extremamente grave. Ademais, o elenco de sanções já previsto nesta Lei oferece os instrumentos adequados à prevenção ou à repressão de eventuais infrações contra a ordem ambiental.”

**Art. 81**

“Art. 81. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

**Razões do veto**

“Trata-se de lei inovadora, que inclui em seus dispositivos, além de figuras penais e sanções graves, um novo conceito de prevenção e reparação dos danos ao meio ambiente, que necessitam de uma divulgação adequada antes de entrar em vigor para que alcance os seus reais objetivos. Assim sendo, a Lei há de entrar em vigor no prazo ordinário estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil.”

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Cabe ainda ressaltar, que várias outras disposições desta Lei poderiam sofrer reparos, seja quanto à técnica legislativa, como ocorre com o art. 40, que impropriamente faz remissão a texto de Decreto regulamentar, seja quanto à adoção de idéias penais controvertidas, como a da responsabilização penal de pessoas jurídicas, que necessita inclusive, de procedimentos próprios para sua aplicação. Essas imperfeições poderão, todavia, ser reparadas posteriormente mediante iniciativa do Poder Legislativo ou do próprio Poder Executivo.

Brasília, 12 de fevereiro de 1998.