

CRIME LICITATÓRIO PRATICADO POR PREFEITO: CONFLITO APARENTE DE NORMAS?

Ana Caroline Almeida Moreira

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

O enfoque do debate ora posto repousa sobre a suposta existência de classificações jurídicas dissonantes em relação à mesma conduta típica prevista como crime licitatório, o que tem desaguado em decisões jurisprudenciais também díspares.

Com efeito, em que pese o nítido fim procrastinatório e com vistas a se lograr a prescrição penal, tem sido recorrente a investida dos réus detentores de foro privilegiado, especialmente dos prefeitos, em suscitar decisão pretérita do STJ proferida no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11.290-MG, no que tange à aplicabilidade do art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei nº 201/67¹, ao invés do art. 89 da Lei 8.666/93².

Em suma, a referida decisão traz no seu âmago o entendimento equivocado de que o cargo faz prevalecer a especialidade normativa, em relação ao diploma que regulamenta a matéria específica e que revoga aquela tacitamente, a ponto de alcançar todos os que, indistintamente, venham a transgredir seus novos conceitos e dogmas.

Prima *facie*, convém registrar que a definição típica do fato delituoso merece ser descortinada por se tratar de incursão meritória com relevantes implicações penais, tais como *quantum* da pena e prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Em decisão recente exarada nos autos do Processo nº 999.2005.000176-0/001, datada de 01 de abril de 2008, que teve como relator o Desembargador Nilo Luís Ramalho Vieira, com nitidez e acerto sem precedentes nos anais da jurisprudência paraibana, o Tribunal de Justiça

¹ Art. 1º, Decreto-lei 201/67. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XI- adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

² GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 89, Lei 8.666/93. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

julgou parcialmente procedente, por unanimidade, a ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra gestor municipal, para fins de condená-lo nas penas do art. 89 da Lei 8.666/93, precisamente, a 3 (três) anos de detenção e 15 (quinze) dias-multa, devidamente substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana).

Muito embora, nesse caso concreto, se dispensara licitação em razão do valor, quando demandaria licitação na modalidade carta-convite, igual entendimento poderia ser aplicado quando o administrador público se esquivasse de realizar licitação nas demais modalidades licitatórias, como se verá adiante.

Por oportuno, vejamos parte da ementa do v. Acórdão³:

ADITAMENTO DA DENÚNCIA. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CAPITULAÇÃO JURÍDICA. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. ARTIGO 1º, XI, DO DECRETO-LEI 201/67. REVOGAÇÃO TÁCITA. REJEIÇÃO.

Deve-se aplicar a Lei nº 8.666/93 e não o Decreto-lei nº 201/67, pois, embora o segundo trate dos crimes praticados por Prefeito, a primeira, além de ser mais recente, é mais específica ainda por se referir tão-somente aos crimes de licitação.

Não só merece ser ovacionado o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba pela valorosa decisão, mais ainda, pela clareza e altivez que impingiu à tão instigante questão, já sinalizada por outras cortes superiores, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbatim*:

PROCESSO-CRIME ORIGINÁRIO – Prefeito municipal que autoriza a realização de despesas sem a observância de procedimento licitatório. Configuração, em tese, do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Situação que

³ PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Acórdão. Proc. nº. 999.2005.000176-0/001*. Des. Nilo Luís Ramalho Vieira. João Pessoa: TJPB, 01 de abril 2008.

necessita ser melhor esclarecida no transcurso da respectiva ação penal. Denúncia recebida.⁴

2. Ponderações esclarecedoras do contexto normativo incidente

O Decreto-lei nº 201/67 é um diploma legal especial, voltado que é para o Prefeito, enquanto sujeito ativo do crime, muito embora possa se estender à terceira pessoa em consectário de concurso de agentes, quando incidente o preceptivo insculpido no artigo 30 do Código Penal. Já a Lei 8.666/93 é especial em relação ao objeto, ou seja, ao bem jurídico tutelado, que é o interesse público da Administração, no seu aspecto patrimonial e moral.

Dessa forma, sequer seria caso de se cogitar a existência de conflito aparente de normas, que se dá quando, para um determinado fato, existem duas normas que poderão sobre ele existir. Ao revés do que dispõe o recorrente, não se trata de uma norma específica em confronto com norma geral, são duas normas especiais que estão em evidência.

Então, a dúvida a ser esgrimida é: em se tratando de duas leis especiais, qual delas deverá prevalecer?

São três os argumentos que convergem para a conclusão de que deverá incidir o art. 89 da Lei 8.666/93.

1º) Numa interpretação literal, não se teria como tipificar a conduta consistente em burlar a carta-convite através de procedimento de dispensa licitatória, no art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei nº 201/67.

Assim dispõe o art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei telado:

Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XI- adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2

⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Processo-crime 000.284.493-4/00*. 2ª. C. Criminal. - Rel. Des. Sérgio Resende – J. 10 outubro de 2002.

(dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) anos.

Já o art. 89 da Lei 8.666/93 reza, *in litteris*:

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.⁵

Ora, a redação normativa do Decreto-lei n° 201/67, em seu inciso XI, é clara como a luz solar ao preconizar como ilícito *tão-somente a inobservância das licitações tomada de preços e concorrência*, nos casos em que seriam exigidos por lei. E como no caso vertente a licitação frustrada foi carta-convite, a única possibilidade de tipificação da conduta seria no art. 89 da Lei 8.666/93, que é genérico e se amolda à inobservância de qualquer modalidade licitatória.

Por outro flanco, a aplicação da lei penal obedece ao princípio da anterioridade previsto no art. 1° do Estatuto Repressivo, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

E não se pode tentar justificar a não inclusão da carta-convite no tipo constante no art. 1°, inciso XI, do Decreto-lei 201/67, sob o pálio de, na época (em 1967), tal modalidade licitatória inexistir. Ao contrário, quando da promulgação do Decreto-lei 201/67, o ordenamento jurídico já contemplava, no Decreto-lei 200/67, as hipóteses de dispensas licitatórias, assim como três tipos de licitação (a concorrência, a tomada de preços e o convite), de modo que, se o legislador quisesse punir às dispensas indevidas de convites, assim teria feito expressamente no aludido tipo penal.

Segue, por oportuno, transcrição do reportado Decreto-lei 200/67, por sua vez, posteriormente revogado pelo Decreto-lei n° 2.300, de 1986.

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

⁵GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

§ 1º A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)§

2º. É dispensável a licitação:

a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;

b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República;

c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas, neste caso, as condições preestabelecidas;

d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;

e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos;

f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;

g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público;

h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos;

i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 3º A utilização da faculdade contida na alínea h do parágrafo anterior deverá ser imediatamente objeto de justificação perante a autoridade superior, que julgará do acerto da medida e, se for o caso, promoverá a responsabilidade do funcionário.

Art . 127. São modalidades de licitação:

I - A concorrência.

II - A tomada de preços.

III - O convite.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação a que deve recorrer a Administração nos casos de compras, obras ou serviços de vulto, em que se admite a participação de

qualquer licitante através de convocação da maior amplitude.

§ 2º Nas concorrências, haverá, obrigatoriamente uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados.

§ 3º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação.

§ 4º Convite é a modalidade de licitação entre interessados no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de três, escolhidos pela unidade administrativa, registrados ou não, e convocados por escrito com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

§ 5º Quando se tratar de compras ou serviços, cabe realizar concorrência se o seu vulto for igual ou superior a dez mil vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; tomada de preços, se inferior àquele valor e igual ou superior a cem vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; e convite, se inferior a cem vezes o valor do maior salário-mínimo, observado o disposto na alínea i do § 2º do art. 126. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 6º Quando se tratar de obras, caberá realizar concorrência se o seu vulto for igual ou superior a quinze mil vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; tomada de preços, se inferior àquele valor e igual ou superior a quinhentas vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; convite, se inferior a quinhentas vezes o valor do salário-mínimo mensal, observado o disposto na alínea i do § 2º do art. 126. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 7º Nos casos em que couber tomada de preços, a autoridade administrativa poderá preferir a concorrência, sempre que julgar conveniente.⁶

O Decreto-lei 200/67 é datado de 25 de fevereiro de 1967, enquanto o Decreto-lei 201/67 é de 27 de fevereiro de 1967, a inferir que já existia

⁶ BRASIL. *Decreto-lei 201 de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex>. Acesso em: 01 abr. 2008.

regulamentação e previsão normativa da modalidade convite anteriormente à definição do tipo penal pretendido pelo insurgente (art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67).

A propósito, é oportuno fazer parênteses para esboçar a evolução normativa em torno da matéria em liça.

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro pelo Decreto nº. 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Outras legislações vieram e até trataram das licitações de forma singela, como é o caso do Código de Contabilidade Pública da União, pelo Decreto nº. 4.536, de 28 de Janeiro de 1922, que tratou do procedimento concorrential.

O atual entendimento do termo “licitação”, como procedimento administrativo prévio necessário à viabilização dos contratos da Administração, foi sistematizado através do reportado Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização administrativa, consolidando o instituto da licitação com regulamentações mais amplas.

Por seu turno, o Decreto-lei nº 200/67 concebia o caráter do instituto de licitações como de Direito Financeiro. É de se notar, inclusive, que o Decreto-lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940, o qual aprovou normas financeiras de Estados e Municípios, tratava da concorrência, ora como pública e administrativa, ora de cunho financeiro.

Posteriormente, com a promulgação do Decreto-lei nº. 2.300, de 21 de novembro de 1986, a matéria sobre licitação foi melhor delineada, ainda assim, com diversas lacunas, sendo o primeiro estatuto a regulamentar o procedimento licitatório para toda a Administração Pública, com a finalidade de impedir os desvios de conduta e reprimir as corrupções observadas nas concorrências públicas da época.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe notável progresso na democratização da Administração pública, a licitação recebeu o status de princípio constitucional de observância obrigatória para todos os entes federados e para a Administração indireta, reservando três referências diretas (arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175) e uma indireta (art. 195, § 3º).

Por fim, completando o ciclo histórico, surge a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº. 8.883, de 08 de junho de 1994, que estatui as normas gerais sobre licitações e contratos, a partir das diretrizes

traçadas pela Constituição, de modo a exigir sua prática na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput*).

Ao nosso ver, regulamentando o art. 37, XXI da Constituição Federal, a Lei 8.666/93, de 21.06.93 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), que também prevê infrações penais, revogou todos os diplomas legislativos anteriores ou dispositivos normativos que versavam sobre licitações, inclusive o famigerado inciso XI do Decreto-lei 201/67.

Tal conclusão decorre da compreensão de que a sociedade evolui em seus conceitos e necessidades, impondo, por via de consequência, à própria a adequação do seu ordenamento.

Nesta senda é que não se pode admitir a preponderância do regramento arcaico vigente na época do Decreto-lei 201/67, quando, inclusive, as brechas da lei eram muitas. Com a mudança do contexto jurídico, mormente com a novel conotação dada pela Constituição Cidadã de 1988, as normas regentes da licitação também se modificaram, trazendo os seus novos conceitos em consonância com os novos princípios sociais, culturais e econômicos vigentes.

Aliás, atrelado aos princípios da anterioridade, da legalidade e da segurança jurídica, rege o Direito Penal o da taxatividade. Significa dizer que as condutas típicas não podem deixar margem para elasticidade, ambigüidade ou contrastantes entendimentos, devendo se dirigir aos seus destinatários nos estritos lindes descritos.

2º) Pelo princípio da irretroatividade da lei penal, esta lei não poderá retroagir para abarcar situação já consolidada. *A contrario sensu* e à guisa de exceção, a lei penal benéfica poderá retroagir para beneficiar o réu.

A Lei 8.666/93 comina sanção mais gravosa, razão pela qual deverá reger as situações ocorridas a partir da sua vigência.

Assim, nos casos em que a prática censurada, nociva ao interesse público, ocorrer na vigência da nova lei especial 8.666/93, sequer há de se colocar em xeque a incidência da tipificação penal aí constante.

Como já dito, a Lei 8.666/93, decerto, há de prevalecer em virtude do novo regramento substantivo em torno da matéria licitação, diverso, portanto da disciplina existente na época em que fora tipificado o inciso XI, do Decreto-lei 201/67.

Nesse diapasão, temos que o Decreto-lei 201/67 fora recepcionado e permanecerá vigente tão-somente em relação às demais condutas típicas nele perfilhadas, irrogáveis a prefeitos municipais, mas alheias ao tema licitação.

Em outras palavras, *é patente a revogação tácita do art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67*, ante o advento de lei extravagante especial mais abrangente, com a possibilidade de encampar todas as modalidades licitatórias, inclusive as com ela introduzidas, bem como um espectro maior de agentes públicos capazes de afrontar o bem jurídico resguardado, ao desrespeitar as regras estabelecidas para quem atue em nome e no interesse da Administração Pública.

O exegeta deve interpretar o dispositivo legal no sistema no qual ele está contido, e não de forma isolada. É o que se denomina de interpretação sistêmica, que, no prisma ora delimitado, também se presta para roborar a prevalência da Lei 8.666/93 em relação ao Decreto-lei 201/67, no que tange aos crimes licitatórios, independentemente de quem seja o seu autor.

A própria Lei 8.666/93 esmaece qualquer dúvida, discorrendo, em seu artigo 85, sobre a abrangência das infrações penais nela elencadas. *In verbis*:

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto⁷.

Saliente-se que, de igual forma, data vênha aos que comungam de posicionamento divergente, tanto os tipos penais insculpidos no Decreto-lei 201/67, como os insculpidos na Lei 8.666/93, descrevem crimes próprios e não de mão própria.

3º) Não se justifica a sanção ao art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67, com pena de detenção de 3 meses a 3 anos para as concorrências e

⁷ GRECO FILHO, op.cit.

tomadas de preços, enquanto a sanção atinente à não realização de cartas-convite seja punível com pena de 3 a 5 anos.

Com efeito, tal situação refletiria tamanha incongruência legislativa, posto se impôr pena mais grave para carta-convite e penas bem menores para licitações de maior vulto, de maior complexidade, o que demanda uma maior competição, cuja transgressão causa uma repercussão negativa muito maior para o erário público.

A presente ilação decorre, inclusive, do princípio da proporcionalidade. O magistério de André Copetti⁸ mostra:

Apesar de não existir nenhuma relação naturalística entre pena e delito, não podemos excluir que a primeira deve ser adequada ao segundo em alguma medida. O controle do quantum da pena está diretamente ligado ao controle sobre o conteúdo de desvalor do delito, mais precisamente sobre os seus conteúdos substanciais. É indubitável que qualquer juízo sobre a medida da pena, sobretudo se conduzido à maneira do critério de proporção, pressupõe necessariamente o acertamento do intrínseco desvalor do delito, se não absolutamente a reconstrução conceitual da *ratio legis* e dos objetivos da disciplina. É o desvalor do delito que constitui, na verdade, o parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, assim como são os objetivos assumidos pelo legislador os pertinentes para valorar-se a adequação.

O *quantum* da pena deve, pois, ser proporcional ao nível de proteção do bem jurídico.

3. Considerações finais

Diante do esposado, com a devida vênia dos doutrinadores que se filiam em sentido contrário, a exemplo de Waldo Fazzio Júnior, não há como se admitir a tese de que o Decreto-lei n° 201/67 possua nuances mais

⁸ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 133.

específicas do que a Lei Federal nº 8.666/93, a merecer primazia sobre esta.

A bem da verdade, em se tratando de crimes de responsabilidade, é chegada a hora de se curvar ao real desiderato do legislador, de fazer valerem os preceitos constitucionais e princípios jurídicos materializados pela legislação que reza a matéria de forma específica, sob pena de se institucionalizar, de uma vez por todas, a decantada impunidade dos agentes políticos.

Afinal de contas, em homenagem ao supracitado princípio do Direito Penal, a sanção deve ser suficiente não só para reprimir o ilícito penal, mas, acima de tudo, para prevenir desvios de conduta que, no mais das vezes, são responsáveis por verdadeiros desfalques dos cofres públicos e que fogem à persecução estatal; e o que é pior, em detrimento dos mais comezinhos direitos dos cidadãos.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Decreto-lei 201 de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex>. Acesso em: 01 abr. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

FAZZIO JR., Waldo. *Responsabilidade penal e político-administrativa de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações: Lei n. 8.666, de 21-6-1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Processo-crime 000.284.493-4/00*. 2ª. C. Criminal - Rel. Des. Sérgio Resende – J. 10.10.2002.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Acórdão. Proc. nº. 999.2005.000176-0/001*. Des. Nilo Luís Ramalho Vieira. João Pessoa: TJPB, 01 de abril 2008.