

A interpretação teleológico-restritiva dos crimes licitatórios à luz do injusto de gestão pública desleal: o exemplo privilegiado da crise da pandemia

RAQUEL LIMA SCALCON^{*}
FELIPE LONGOBARDI CAMPANA^{**}

1. Introdução

A Pandemia da Covid-19 foi um dos principais acontecimentos históricos do século XXI, com repercussões profundas em todo o

^{*} Professora da FGV Direito SP (Graduação e Pós-Graduação). Agraciada pela Fundação Alexander von Humboldt (AvH), em parceria com a Capes, com bolsa para estudos pós-doutorais na Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha, e pelo Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law em Freiburg, Alemanha, com bolsa para estadia de pesquisa de curta duração (2018). Doutora em Direito Penal (2016) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período de pesquisa na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2014). Mestre em Ciências Criminais (2011) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com curso de verão em Dogmática Penal alemã na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2011). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (2009) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Contato: raquel.scalcon@fgv.br

^{**} Doutorando e mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Penal na pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e de Direito Penal Econômico na FGV Law. Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da FGV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

No Brasil, foi possível observar, em um primeiro momento, grande quantidade de repasse de verbas públicas da União para os Estados e Municípios e a flexibilização das regras licitatórias para aquisição de bens ou serviços, com o objetivo de atender mais rapidamente às demandas ligadas ao tratamento de pessoas acometidas pela doença¹.

1. A título de exemplo, o art. 4º da Lei n. 13.979/20, com redação dada pela Lei n. 14.035/20, dispõe: “*É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei*”.

3. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/quase-r-2-bilhoes-relembre-operacoes-da-pf-contra-desvios-na-pandemia/>.

4. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2021/05/24/mpf-denuncia-ex-secretario-de-saude-do-recife-e-outras-cincos-pessoas-devido-a-compra-de-respiradores-testados-em-porc0s.ghtml>.

5. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/02/08/tj-rejeita-denuncia-do-mp-contra-governo-do-para-sobre-suposta-compra-irregular-de-respiradores.ghtml>.

6. STJ, AP n. 993, Corte Especial, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 20.09.2021.

É preciso salientar que a maior parte dessas informações está baseada em matérias jornalísticas, sem qualquer rigor técnico a respeito dos termos legais utilizados ou análise aprofundada sobre os fatos e possíveis responsabilidades jurídico-penais. Ainda assim, o fenômeno merece detida atenção. O momento de exceção trazido pela Pandemia evidenciou problema existente há anos no país: *afinal, como o ordenamento jurídico-penal tutela o patrimônio público contra condutas de má gestão praticadas pelos administradores públicos?*

O que se pretende no presente artigo é, de um lado, partindo dessa pergunta mais ampla, interpretar os principais crimes licitatórios a partir do prisma do injusto da gestão pública desleal, verificando como e até que ponto esses tipos penais são capazes de captar esse injusto que ofende o patrimônio público e, de outro lado, se existem ganhos interpretativos e de coerência ao tratá-los como tipos que procuram proibir e punir exatamente esse injusto.

Para tanto, é necessário primeiro definir um conceito de “gestão pública desleal”, o que será feito a partir da classificação das condutas contra o patrimônio em dois grupos: condutas de ataque desde fora e condutas de ataque desde dentro e a delimitação da figura do gestor público da Administração Pública Direta (infra n. 2). Na sequência, identificadas as condutas que se encaixam no conceito de gestão pública desleal e o agente que as pratica, serão apresentados os limites de atuação do gestor público, para se chegar, então, ao injusto em questão (infra n. 3). Por fim, será realizada proposta de interpretação dos crimes licitatórios à luz desse injusto, verificando como as principais controvérsias poderiam ser solucionadas (infra n. 4).

2. O objeto de análise: condutas dos gestores da administração pública direta de ataque ao patrimônio público

O conceito de *patrimônio* é objeto de importante debate na doutrina, sendo possível identificar ao menos quatro posições: a) conceito *jurídico* de patrimônio, que o define como sendo todo direito subjetivo patrimonial jurídico-civilmente fundado⁷; b) con-

7. PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. MIRÓ

ceito *econômico* de patrimônio, para o qual este nada mais é do que a somatória de todos os bens e ativos com valor econômico de uma pessoa⁸; c) conceito *jurídico-econômico*, que junta as duas posições anteriores para definir o patrimônio como o “conjunto de bens de valor econômico e com aparência jurídica”⁹ e d) conceito *peçoal* de patrimônio, como a “unidade pessoalmente estruturada que garante o desenvolvimento da pessoa no âmbito material”, constituída por “relações de domínio juridicamente reconhecidas entre a pessoa e aqueles bens patrimoniais que podem ser objeto de negócios jurídicos”¹⁰. O conceito de *dano patrimonial*, por sua vez, é consequência do conceito de patrimônio que se vai adotar¹¹.

A escolha por qualquer desses conceitos gera consequências para a delimitação das condutas típicas contrárias ao patrimônio¹². Porém, não existindo espaço para enfrentar o debate e não sendo esse o objeto principal em discussão, far-se-á a escolha metodológica pelo conceito majoritário *jurídico-econômico*¹³⁻¹⁴ como forma de orientar

LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013, p. 89.

8. PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución..., *op. cit.*, p. 88.

9. PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución..., *op. cit.*, p. 90 – trad. livre.

10. PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución..., *op. cit.*, pp. 92-93 – trad. livre.

11. PASTOR MUÑOZ conceitua o dano patrimonial a partir do conceito pessoal como “a diminuição do poder de domínio sobre os bens que possibilitam a satisfação das necessidades de seu titular” (PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución..., *op. cit.*, p. 93 – trad. livre).

12. Sobre essas consequências e como o entendimento do conceito de patrimônio foi se modificando à medida que problemas práticos, em casos concretos, surgiam, cf. PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución..., *op. cit.*, p. 87 e ss. Alertando para o conceito de patrimônio no crime de infidelidade patrimonial, cf. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade patrimonial: uma velha novidade (parte 2). *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/leite-teixeira-criminalizacao-da-infidelidade-patrimonial-parte-2/>. Acesso em: 09.01.2024.

13. SALVADOR NETTO e GRANDIS entendem que patrimônio é o conjunto de relações, fáticas ou jurídicas, de um indivíduo com bens, coisas, valores, que representem valores auferíveis em dinheiro, de modo a propiciar o desenvolvimento de sua personalidade (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16 e ss. Também: GRANDIS, Rodrigo de. *O delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, pp. 96-108).

14. Importante esclarecer, dê início, que aqui considera-se o conceito de patrimônio

os leitores e possibilitar a sequência do raciocínio, entendendo-se o dano patrimonial como a diminuição do valor econômico do conjunto de bens com aparência jurídica de uma pessoa.

Ao lado da vida e da integridade física, o patrimônio é exemplo de bem jurídico incontestavelmente dotado de dignidade penal¹⁵. Historicamente não existem ordenamentos jurídicos que abrem mão do Direito Penal para proteger o patrimônio dos indivíduos contra o mencionado *dano* patrimonial.

Porém, isso não significa que toda conduta que cause dano patrimonial deva ser objeto de proibição e punição pelo Direito Penal. Existem inúmeras formas de atingir o patrimônio alheio, causando-lhe *dano*, mas nem todas devem ser objeto de criminalização¹⁶.

A partir desta primeira reflexão, é preciso realizar esforço inicial classificatório para delimitar a forma de conduta atentatória contra o patrimônio e o seu respectivo sujeito ativo (o que aqui se está denominando de *injusto*)¹⁷ que serão o objeto de análise deste artigo.

2.1. Os dois grupos de condutas que atingem o patrimônio

De um lado, há certo consenso de que o inadimplemento de um contrato particular, apesar de ofender o patrimônio do credor, que

como um gênero, do qual a *propriedade* seria uma espécie. Nesse sentido, cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e... op. cit.*, pp. 14-16.

15. Nesse sentido, afirma SALVADOR NETTO: “... se admitindo a relevância, ao menos simbólica, da estruturação dos tipos penais na parte especial, é inegável que o legislador de 1940 outorgou ao patrimônio posição destacada: situa-se na codificação nacional apenas atrás da proteção penal da pessoa” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e... op. cit.*, p. 14). No mesmo sentido, cf. GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, p. 92 e ss.

16. Nesse sentido, LEITE/TEIXEIRA afirmam que “o direito penal não deve proteger o patrimônio de maneira global contra qualquer sorte de agressão, a ponto de inviabilizar a vida econômica e de vergastar direitos” (LEITE, Alair. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, vol. 1, Florianópolis: Empório do Direito, pp. 15-58, 2017, p. 21). Também constatando que os tipos penais que tutelam o patrimônio, o fazem contra “distintas formas de agressão”, cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e... op. cit.*, p. 23.

17. Quando se fala aqui em *injusto*, não se está relacionando a um tipo penal concreto, mas sim a uma forma de conduta, com características específicas, que servirá de base para análises posteriores.

sofrerá diminuição do valor econômico do conjunto de seus bens, não é passível de criminalização¹⁸. De outro, as condutas de ameaçar ou violentar o proprietário e subtrair um de seus bens móveis (*roubo*); de enganar alguém de modo que o proprietário entregue algum bem ou sofra algum prejuízo (*estelionato*); de ameaçar ou violentar o proprietário para que entregue um bem (*extorsão*); de manter o bem como sendo seu após entrega legítima e temporária do proprietário (*apropriação*) e de estragar ou depreciar um bem de terceiro (*dano*)¹⁹ são condutas há muito criminalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e cuja legitimidade não é contestada²⁰.

Há ainda condutas de malversação do patrimônio alheio, ou seja, aquelas em que um indivíduo, que recebe poderes do titular do patrimônio para geri-lo com certa margem de liberdade, quebra essa relação de confiança na gestão desse patrimônio, de forma a causar-lhe danos. A respeito destas condutas, há importante discussão, no cenário brasileiro, sobre se devem ou não ser criminalizadas²¹⁻²².

18. LEITE/TEIXEIRA esclarecem: “*Desventuras negociais e insucessos não devem ser per se criminalizados, sob pena de erguer-se a espada de Dâmocles por sobre os ombros dos agentes da vida econômica*” (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, p. 21).

19. SALVADOR NETTO propõe ainda uma subdivisão desses delitos em: (i) delitos de apoderamento, nos quais há uma “*atividade arbitrária unilateral, na qual se opera uma ‘direta invasão na esfera patrimonial alheia’*” e (ii) delitos de aproveitamento, nos quais “*existe uma relação patrimonial, uma disposição e transferência, ainda que forçada ou motivada pelo engano*” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e...* *op. cit.*, p. 23).

20. LEITE/TEIXEIRA consideram, inclusive, que essas condutas contêm injustos considerados *mala in se*, (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, p. 22).

21. Sobre essa discussão, cf. GRANDIS, Rodrigo de. *O delito...* *op. cit.*, pp. 64-68 e LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade patrimonial: uma velha novidade (parte 1). *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-03/leite-teixeira-criminalizacao-infidelidade-patrimonial/>. Acesso em: 09.01.2024. A discussão ganhou maior relevância após a publicação do relatório da “CPI das Americanas” e do consequente PL n. 4705/2023, que criminaliza a conduta de infidelidade patrimonial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2391389>. Acesso em: 09.01.2024. Mencionado os problemas de legalidade que a ausência de um tipo penal que capte esse injusto pode trazer, cf. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, pp. 39-40. Sobre a importância político-criminal em geral de proibir e punir esse injusto, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? Trad. Luís Greco. In. SCHÜNEMANN, Bernd.

Contudo, esta discussão importa menos ao presente artigo, cujo esforço principal será de *lege lata*.

As condutas acima descritas, apesar de pertencerem ao gênero *potencialmente ofensivas ao patrimônio*²³, apresentam diferenças importantes a respeito da conformação do *injusto*²⁴, sendo possível separá-las em duas espécies: aquelas que o *atingem desde fora* e as que o *atingem desde dentro*²⁵.

As condutas que atacam o patrimônio *de fora* são aquelas em que o titular não faz qualquer tipo de delegação prévia para que o terceiro agressor tome decisões a respeito desse patrimônio. Essas condutas nada mais são do que diferentes formas de afastar as inúmeras proteções que os indivíduos colocam sobre seu patrimônio²⁶.

Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 192.

22. O que não impede que o *injusto* seja objeto de reflexão com independência do direito positivo. Nesse sentido, cf. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, pp. 21-22.

23. Ao que parece, SALVADOR NETTO, em sentido contrário, entende que as condutas de malversação não deveriam ser consideradas crime patrimonial, pois englobam afetações *supraindividuais* também. Essa posição fica clara quando o autor, ao tratar do crime do art. 177 do CP, afirma “...a afetação patrimonial não é o cerne das incriminações, mas principalmente destinada a regular a gestão de sociedades comerciais” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e... op. cit.*, p. 19). Em um segundo momento, o autor afirma: “Essa mesma linha de pensar permite a exclusão do conceito de infrações patrimoniais... dos crimes contra a ordem tributária, falimentares, consumeristas ou econômicos.... essas novas criminalizações possuem um componente adicional, a dimensão supraindividual, a qual, ao menos parcialmente, não está presente na tutela patrimonial fortemente arraigada à noção de propriedade” (*Ibid.*, pp. 20-21). Crítico dessa posição, GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, pp. 69-71.

24. Conforme esclarecem LEITE/TEIXEIRA, injusto aqui é a “*estrutura fundamental*” que expressa o conteúdo de injustiça da conduta pré-existente à atividade do legislador (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, p. 22).

25. Nesse sentido, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada... *op. cit.*, p. 192. Também: LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, pp. 24-25 e GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, p. 56.

26. Nesse sentido, afirmam LEITE/TEIXEIRA: “Em geral, o direito penal tutela o patrimônio de agressões externas, como no estelionato (art. 171 CP) ou na extorsão (art. 158 CP). Essas agressões externas exigem do autor condutas prévias como a fraude, o engano ou a violência, que visam precisamente a quebrar as barreiras de ingresso na esfera jurídica de outro, ou seja, a garantir o acesso ao patrimônio alheio” (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, p. 24).

Basta reparar, por exemplo, que condutas de roubo e extorsão afastam a proteção física sobre a coisa; condutas de estelionato e apropriação afastam a desconfiança em relação a terceiros; condutas de furto superam a vigilância ou proteção física.

Essa primeira espécie de conduta pode ser potencialmente lesiva tanto ao patrimônio particular quanto ao patrimônio público. A título de exemplo, o crime de peculato-apropriação (art. 312, *caput*, do CP) e o de peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP); os crimes de supressão ou de redução de tributos (art. 1º da Lei n. 8.137/90)²⁷; o crime de dano contra o patrimônio da União, de Estados, do Distrito Federal, de Municípios (art. 163, *parágrafo único*, inc. III, do CP).

As condutas que atingem o patrimônio *desde dentro*, por outro lado, estão baseadas em prévia delegação a um terceiro de poderes de administração do patrimônio do titular, sem delimitação prévia e exata sobre como deve agir e sem vigilância constante, ou seja, com certa margem de liberdade na tomada de decisões (discricionariedade)²⁸. A partir desta delegação prévia é que se cria o dever de tutela do patrimônio, que é descumprido por conduta potencialmente lesiva a ele²⁹, com subsequente verificação necessária deste prejuízo³⁰. Estas condutas atacam o patrimônio por dentro, ou seja, a partir da

27. Há divergência entre os autores sobre qual seria o bem jurídico tutelado pelos chamados “crimes tributários”. Para a discussão completa, cf. ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 171-212.

28. Conforme esclarece GRANDIS, o delegado “*ostenta, com efeito, um poder real sobre o patrimônio alheio. E é esse poder – ou, mais precisamente, o uso abusivo dele – que confere ao administrador a prerrogativa juridicamente legítima, porquanto fundada em lei, em um negócio jurídico ou em uma ordem emanada de uma autoridade, de dispor sobre os bens que compõem o patrimônio administrado tal como fosse seu proprietário*” (GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, p. 57).

29. Sobre as duas formas de estrutura típica da infidelidade patrimonial, cf. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade patrimonial: uma velha novidade (parte 2). *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/leite-teixeira-criminalizacao-da-infidelidade-patrimonial-parte-2/>. Acesso em: 09.01.2024. Porém, segundo os autores, “*o elemento central do delito de infidelidade patrimonial é inegavelmente a violação do dever de tutela do patrimônio*”.

30. Sobre as características desse injusto, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada... *op. cit.*, pp. 192-197; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, pp. 23-24. No mesmo sentido, GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, pp. 55-59.

administração prejudicial dos bens e valores por parte daquele que, previamente, recebeu poderes para administrar o patrimônio alheio e o administrou de forma a causar-lhe prejuízo³¹.

No Brasil, da perspectiva do patrimônio privado, o ordenamento jurídico-penal brasileiro apresenta somente figuras aproximadas deste injusto, como são os casos, por exemplo, dos crimes de gestão fraudulenta e temerária (art. 4º da Lei n. 7.492/86), limitados às *instituições financeiras*, e do crime de fraude e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações (art. 177, §1º, do Código Penal)³².

Com relação ao patrimônio público, esta forma de *injusto* é extremamente relevante, pois, na administração desse patrimônio, o administrador público da Administração Pública Direta sempre recebe delegação para administrar o patrimônio comum do povo a partir do voto popular ou por delegação indireta – pelas diversas formas de investidura em cargos, funções ou empregos públicos – daquele que foi eleito³³.

2.2. A figura do gestor público e suas especificidades em relação ao gestor privado

Denomina-se aqui de *gestor* o indivíduo que não é o titular originário do patrimônio, mas que dele recebe poderes-deveres para

31. Segundo explica GRANDIS, o indivíduo “*pode dispor dos interesses patrimoniais que estão sob os seus domínios sem precisar recorrer a qualquer outro crime contra a propriedade ou o patrimônio*” (GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, p. 57). LEITE/TEIXEIRA chamam a atenção para o fato de que se trata de “*conduta daquele que, devendo tutelar, danifica o patrimônio alheio a partir de dentro.... A doutrina identifica nos casos de infidelidade uma forma especialmente sorrateira de ‘agressão interna’ ao patrimônio.... O administrador..., o gerente... ou o gestor público, como se sabe, já possuem legitimamente esse acesso e podem prescindir de fraudes e, ainda assim, causar dano patrimonial*” (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade..., *op. cit.*, p. 01 – grifo nosso).

32. GRANDIS, Rodrigo de. *O delito... op. cit.*, p. 25 e LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade..., *op. cit.*, p. 02.

33. Conforme destacam LEITE/TEIXEIRA, entre os casos concretos de infidelidade patrimonial no direito alemão, é possível mencionar casos de “*malversação de recursos públicos, que remete ao (ainda menos estudado entre nós) tema da infidelidade patrimonial no setor público – a Haushaltsuntreue alemã ou a ‘administração danosa’ portuguesa – discutida em recente decisão do BGH*” (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade..., *op. cit.*, p. 01 – grifo nosso).

exercer a administração desse patrimônio, tendo certa margem de liberdade na tomada de decisões para cumprir determinados objetivos previamente estabelecidos.

Quando se trata de gestor *privado*, ou seja, aquele que recebeu a delegação para praticar atos de disposição do patrimônio privado de pessoa natural ou jurídica, os deveres e os limites de sua atuação estão baseados no acordo privado firmado entre ele e o titular do patrimônio³⁴.

Por outro lado, o gestor *da administração pública direta*, ou seja, aquele que (i) recebeu delegação direta do povo para administrar o patrimônio público (p. ex.: prefeito, governador, presidente); (ii) foi aprovado em concurso público e exerce função atípica de administração (p. ex.: presidente do Tribunal de Justiça de um Estado); ou (iii) foi investido indiretamente em cargo por quem exerce mandato para administrar o patrimônio público (p. ex.: Secretário de Saúde Pública de um Município; Ministro da Educação; etc.), tem seus deveres e limites impostos por lei. Vale dizer, é a lei que confere os poderes-deveres a esse gestor e, ao mesmo tempo, é a lei que irá definir as finalidades que esse gestor deverá cumprir e dentro de quais limites³⁵.

A partir dessa delimitação do poder-dever pela lei, existem normas que definem estritamente a conduta do gestor público, delimitando as situações de fato em que ela será tomada e obrigando-o a tomá-la, quando então há *vinculação* (prática de ato vinculado)³⁶. No que diz respeito à administração do patrimônio público, essas

34. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito..., *op. cit.*, p. 23. Conforme esclarecem os autores, “as ações arriscadas de um administrador não são per se proibidas, pois é o dono do patrimônio que decide a margem de riscos que está disposto a correr, podendo repassar ao administrador tudo aquilo que ele próprio poderia fazer com seu patrimônio” (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade patrimonial: uma velha novidade (parte 2) ..., *op. cit.*, p. 02).

35. BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da função pública – exercida pelo ora denominado gestor – afirma: “Na função, o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 14).

36. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade...*, *op. cit.*, p. 16.

vinculações decorrem, principalmente, do Direito Financeiro, conforme será demonstrado abaixo.

Há, no entanto, a possibilidade de que as normas não apresentem tamanha exatidão na delimitação do poder-dever do gestor público. É possível que a regra legal deixe de mencionar a situação de fato em que a conduta do administrador será praticada ou a faça com conceitos vagos, carentes de interpretação³⁷. Essa vagueza acaba conferindo ao gestor, por exemplo, a decisão sobre praticar ou não praticar o ato; a escolher o momento adequado para que a conduta seja realizada; a definir a forma que terá aquele ato; a escolher entre diferentes opções de providências a serem tomadas³⁸. Nessas situações, há o que se denomina de *discrecionalidade*, ou seja, o gestor realizará a conduta após realizar juízo pessoal a respeito daquela situação, porém sempre observando os objetivos da lei³⁹.

No que diz respeito à administração do patrimônio público, principalmente no momento de escolha a respeito do que contratar e com quem contratar, está-se diante de situações de discricionariedade, nas quais o gestor deverá cumprir a finalidade da lei, atingir o bem comum, porém a partir de juízos pessoais.

3. Os limites vinculantes estabelecidos pelo direito financeiro na gestão do patrimônio público, o espaço discricionário de administração desse patrimônio e os tipos penais do ordenamento jurídico-penal brasileiro

O Estado apresenta atividade financeira, entendida como o “conjunto de ações que ... desempenha visando à obtenção de recursos para seu sustento e a respectiva realização de gastos para a execução de necessidades públicas”⁴⁰, e essa atividade é realizada

37. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionalidade...*, op. cit., p. 17.

38. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionalidade...*, op. cit., p. 17.

39. Daí porque BANDEIRA DE MELLO afirma que a discricionariedade não é um poder conferido ao gestor público de escolher, mas sim continua existindo um dever de alcançar a finalidade da lei, porém que depende de um juízo de escolha subjetiva desse gestor, diferentemente do que ocorre com a vinculação, na qual o gestor somente deve cumprir o que está no texto (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionalidade...*, op. cit., pp. 15 e 18).

40. PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro*. 6 ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2018, p. 24.

pelos administradores públicos. No entanto, para a sua realização, esses administradores devem respeitar o Direito Financeiro, cujo objetivo é disciplinar essa atividade por meio de regras a respeito do orçamento público, da receita pública e da despesa pública⁴¹.

O princípio fundamental do Direito Financeiro é o da *legalidade*, segundo o qual tanto o orçamento público e as metas e diretrizes da Administração quanto a realização de despesas públicas e, por consequência, do gasto de dinheiro público somente podem ser realizadas após prévia autorização legislativa⁴².

O orçamento público é organizado a partir de três atos do Poder Legislativo: (i) o *plano plurianual* (PPA), norma mais abstrata que trata de grandes objetivos da Administração, especificamente o padrão de planejamento das ações do governo ao longo dos quatro anos⁴³; (ii) a *lei de diretrizes orçamentárias* (LDO), mais concreta que o PPA, que estabelece as metas e as prioridades da Administração no período de um ano⁴⁴; e (iii) a *lei orçamentária anual* (LOA), mais concreta que as anteriores, que tem por função estabelecer, detalhadamente, as receitas e as respectivas despesas públicas ao longo de um exercício financeiro⁴⁵. Todas as receitas previstas devem estar vinculadas a despesas específicas e nos exatos montantes de dispêndio, sendo proibido fazer consignar créditos com finalidades imprecisas ou dotações ilimitadas⁴⁶.

As despesas públicas, por sua vez, podem ter três autorizações legislativas: (i) a lei orçamentária anual, acima destacada; (ii) a abertura de crédito adicional, que nada mais é do que ato específico de autorização de despesa quando, durante um exercício financeiro, aparecem despesas inesperadas, fora da execução concreta do or-

41. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, pp. 29-30.

42. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 30.

43. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 66. O PPA se preocupa somente com as chamadas despesas de capital, cuja execução resulta no aumento do patrimônio líquido da administração, e despesas de duração continuada, que ultrapassam o exercício financeiro. Portanto, não disciplinam questões relacionadas ao sustento da máquina pública e despesas mais corriqueiras (*Ibid.*, p. 67).

44. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 68.

45. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 71.

46. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 71.

çamento; e (iii) operações de crédito, que implicam endividamento do Estado. É evidente que as duas últimas alternativas são exceções à regra de que todas as despesas devem estar previstas na lei orçamentária anual⁴⁷.

A partir desses princípios e regras, é possível traçar, brevemente, o caminho da execução orçamentária, ou seja, quais são as etapas para a realização de uma despesa pública⁴⁸.

Uma vez publicada a LOA, receitas e despesas estarão previstas e vinculadas. Com base nessa vinculação, o Administrador estabelece programação e cronograma para a execução mensal de desembolso, os quais devem respeitar as metas dispostas na LDO⁴⁹.

Na sequência, para executar as diferentes atividades que envolvam o cumprimento de parte dessas metas, como alienação e concessão de direito real de uso de bens; compra; locação; concessão e permissão de uso de bens públicos; prestação de serviços; obras e serviços de arquitetura e engenharia; contratação de tecnologia da informação e comunicação, o Administrador Público deverá promover, como regra, processo licitatório⁵⁰.

Realizado o processo licitatório, adjudicado o objeto e assinado o contrato administrativo, realiza-se o chamado *empenho de despesa*, que nada mais é do que “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”⁵¹. Esse ato é corporificado na chamada *nota de empenho*⁵², cujo objetivo é conferir certeza e previsibilidade para a despesa que foi empenhada⁵³.

Na sequência, será feita a liquidação da despesa empenhada, que garante que a Administração irá realizar o pagamento do valor

47. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, pp. 30-32.

48. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 81.

49. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 82.

50. Art. 2º da Lei n. 14.133/21.

51. Art. 58 da Lei n. 4.320/64. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 83.

52. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 83. A nota de empenho deve conter o nome do credor; representação das despesas; importância e dedução do saldo da dotação respectiva (Art. 61 da Lei n. 4.320/64 - *Ibid.*, *idem*).

53. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 83.

certo para o credor determinado e pelo motivo disposto na nota de empenho⁵⁴. Por fim, deve-se enviar a *ordem de pagamento*, realizada pelo serviço de contabilidade e, então, o pagamento é feito pela tesouraria de estabelecimento bancário credenciado⁵⁵.

Desse breve panorama, é possível verificar que a maior parte da atuação do gestor público na administração do patrimônio é previamente delimitada (vinculação), existindo pouco espaço, em comparação com o administrador privado, para atuações discricionárias na administração do patrimônio público. Essa conclusão parece clara, ao menos, em se tratando de órgãos da Administração Pública Direta, que é o objeto do presente artigo.

Não será aqui analisada a má gestão em órgãos da Administração Pública Indireta, seja quando relativa a pessoas jurídicas de direito público (autarquias, por exemplo), seja quando representem intervenções do Estado na economia e que atuem em regime de livre concorrência com agentes privados (sociedades de economia mista, por exemplo).

3.1. A relação entre regras vinculantes de Direito Financeiro e os tipos penais do ordenamento jurídico-penal brasileiro

Neste recorte, as decisões do gestor público da Administração Pública Direta de disposição do patrimônio público serão, em sua maioria, analisadas como *legais* ou *ilegais*, a depender do cumprimento das regras vinculantes dispostas pelo Direito Financeiro e, especificamente, pelas leis orçamentárias.

As condutas dos gestores públicos da Administração Direta que, de alguma forma, impactem/onerem o patrimônio público, descumprindo as regras vinculantes, normalmente são proibidas e punidas por tipos penais específicos.

A título exemplificativo, é possível mencionar aqui os crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a H do CP), que, incluídos

54. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, p. 84.

55. Para detalhes desse caminho, cf. PISCITELLI, Tathiane. *Direito... op. cit.*, pp. 81-85.

no Código Penal por meio da Lei n. 10.028/2000, têm o objetivo de tutelar o patrimônio público⁵⁶, proibindo e punindo condutas dos administradores que descumpram as normas de Direito Financeiro, mais especificamente as regras do orçamento público e as regras das despesas públicas⁵⁷. Por conta disso, são tipos penais marcados por forte acessoriedade administrativa⁵⁸⁻⁵⁹, ou seja, fazem remissão a diversos conceitos do arcabouço do Direito Financeiro, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) e a Lei n. 4.320/64.

A ausência de discricionariedade no atuar do administrador público está presente na medida em que o arcabouço jurídico-financeiro já estabelece exatamente o que deve ser feito e, uma vez descumprida essa norma, desde que presente a potencialidade lesiva ao patrimônio público, seria *a priori* possível afirmar que a conduta é típica⁶⁰.

Outro exemplo é o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315 do CP), que proíbe e pune a conduta

56. Nesse sentido, RUIVO, Marcelo Almeida. Arts. 359-A a 359-H. In. REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código Penal Comentado*. 2 ed., São Paulo: SaraivaJur, pp. 1196-1220, 2023, p. 1197 e MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dos crimes contra as finanças públicas. In. SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). *Código Penal Comentado*. 2 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, pp. 1301-1322, 2022, p. 1301. Em sentido contrário, entendendo que o bem jurídico tutelado pela maioria desses crimes é a *probidade administrativa*, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*: anotações à Lei n. 10.028, de 19-10-2000. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

57. Nesse sentido, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dos crimes... *op. cit.*, p. 1301.

58. Sobre esse conceito, cf. GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, jan./fev., pp. 152-194, 2006, p. 159 e ss. e HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e o conteúdo intelectual do dolo*. Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 237 e ss.

59. A respeito da acessoriedade nesses tipos penais, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dos crimes... *op. cit.*, p. 1302; RUIVO, Marcelo Almeida. Arts. 359-A... *op. cit.*, p. 1198; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra...* *op. cit.*, p. 30.

60. Próximo parece ser MARTINELLI quando afirma: “*Percebe-se que a tutela do erário, aqui, é realizada não pela repressão do desvio ou apropriação de bens públicos, mas pela criminalização de comportamentos irresponsáveis capazes de comprometer o orçamento. O que se pretende é proteger os cofres públicos de condutas levianas que possam causar grande endividamento do Estado*” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dos crimes... *op. cit.*, p. 1301).

de dar “às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”. A conduta nele criminalizada é aquela em que o administrador público, após prévio estabelecimento, em alguma das leis orçamentárias – provavelmente na *lei orçamentária anual* (LOA) – das receitas e das respectivas despesas públicas nas quais as primeiras serão aplicadas⁶¹, utiliza a mencionada receita pública para cobrir outra despesa.

Novamente, conforme demonstrou-se acima, não haveria aqui poder discricionário do gestor público de decidir para qual despesa irá aplicar a verba ou renda pública, uma vez que essa previsão já está previamente indicada na lei. Como consequência, sua conduta cumprirá com a previsão da LOA ou será ilegal e, observada a potencialidade lesiva, poderá vir a ser considerada objetivamente típica.

Um terceiro exemplo a ser mencionado são os crimes de prefeitos contra o patrimônio público municipal. O art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 criminaliza, em seus incisos, as mais diversas condutas. Porém, é possível observar que, do inciso IV para frente, as condutas proibidas e punidas são muito parecidas com os crimes contra as finanças públicas ou o crime de emprego irregular de verba pública, já comentados acima e que seguem exatamente a mesma lógica de acessoriedade administrativa ao Direito Financeiro, com regras vinculantes.

Portanto, com relação aos mencionados tipos penais, pode-se dizer que (i) são crimes que tutelam o patrimônio público e (ii) essa tutela se dá contra ataques *desde dentro*, ou seja, contra condutas do próprio gestor público a respeito do patrimônio, mas (iii) caracterizam-se por serem condutas contrárias a regras vinculantes prévias, que são as regras de Direito Financeiro.

Dúvida relevante está no crime de peculato-desvio (art. 312, *caput*, do CP) e nos incisos I a III do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67.

61. A dependência do prévio estabelecimento da destinação da verba ou renda em lei orçamentária é incontestável. Nesse sentido, WUNDERLICH, Alexandre. Dos crimes contra a administração pública. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). *Código Penal Comentado*. 2 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, pp. 1005-1056, 2022, p. 1016.

Diferentemente dos tipos penais até então analisados – nos quais a acessoriedade administrativa às regras vinculantes de Direito Financeiro era evidente –, no crime de peculato-desvio não há, em uma primeira leitura, essa vinculação. Em razão disso, ao se conferir à palavra “desviar” sua interpretação semântica de *alterar o destino ou dar curso diverso*⁶²⁻⁶³, o conteúdo da norma de comportamento se torna amplo, possibilitando que se afirme que o mencionado tipo penal criminaliza tanto condutas que descumpram a destinação de valores já empenhados (sobre esse conceito, cf. *supra* n. 2), quanto quaisquer outras condutas que administrem valores públicos com alguma irregularidade⁶⁴⁻⁶⁵.

Existiria, porém, a alternativa de interpretar a palavra *desvio* como sendo tão somente o “descumprimento do empenho da despesa”, ou seja, realizar “*desvios de destinação dos recursos públicos*”⁶⁶. HORTA argumenta que o “desvio” do tipo penal de peculato consiste, na realidade, na “*violação da vontade do ente público sobre a destinação do seu patrimônio, praticada pelo administrador por meio do direcionamento do dinheiro, valor ou bem para um destino diverso*”

62. WUNDERLICH, Alexandre. Dos crimes... *op. cit.*, p. 1008.

63. Chamando a atenção para o fato de que a forma do peculato-desvio “*não recebeu da doutrina nacional, salvo honrosas exceções, mais do que poucas linhas, em geral limitadas a traduzir o sentido literal do verbo*”, cf. HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso e o desvio de gestão: limites objetivos do peculato em confronto com outras formas de administração infiel do patrimônio público. *Revista de Estudos Criminais*, n. 81, abr./jun., pp. 178-202, 2021, p. 180.

64. HORTA chama a atenção para o fato de que, na medida em que não há um tipo penal amplo de administração pública desleal, há tendência a se valer da proibida analogia, ainda que de forma velada, de modo a “*incluir nos estritos limites do peculato toda sorte de desvio na administração pública que gere indevidas despesas, o que representa uma extensão arbitrária desta figura delitiva*” (HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 180).

65. A título de exemplo, imagine situação em que, para a realização de obra de engenharia prevista na LOA, já com as respectivas receitas e despesas, o Governador de um Estado não realiza licitação prévia, contrata uma empresa e, após os trâmites de empenho e liquidação, ordena o pagamento. Poder-se-ia afirmar aqui que a conduta do Governador foi de desviar o dinheiro público de seu caminho regular, que seria o de adimplir contratos que cumprem os requisitos legais, dentre os quais a realização de prévia licitação.

66. HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 180.

do que fora originalmente estabelecido pelas normas orçamentárias, etc., vinculantes da Administração”⁶⁷.

No entanto, não havendo espaço para aprofundar o debate e não sendo esse o principal objeto do artigo, simplesmente se indica a possibilidade, que nos parece bastante coerente, de compreender o tipo penal de peculato-desvio de forma restritiva e acessória às regras do Direito Financeiro, de modo a reduzir consideravelmente o espectro de condutas potencialmente típicas⁶⁸.

3.2. O injusto objeto de análise e o argumento teleológico de interpretação dos crimes licitatórios

É possível observar, no entanto, principalmente no momento de escolha sobre o que contratar (produtos e/ou serviços; quais produtos e/ou quais serviços) e com quem contratar (qual será a pessoa física ou pessoa jurídica fornecedora ou prestadora de serviços?), certo espaço de necessária decisão discricionária do gestor público da Administração Pública Direta para cumprir com fins estatais, pois as normas licitatórias não apresentam (e nem há como fazê-lo) estritas delimitações prévias a respeito dessas decisões.

É neste espaço que será possível verificar a realização do injusto de ataque ao patrimônio público *desde dentro*, pela quebra da relação de confiança, com conduta potencialmente lesiva ao mencionado patrimônio. HORTA diferencia essa situação daquela observada nos tipos penais expostos no item anterior afirmando que, enquanto lá se trata de “desvio de recurso”, aqui se trata de “desvio de gestão”, no qual o ato de disposição é contrário a algum requisito formal ou à economicidade da gestão do recurso⁶⁹.

67. HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 185. O autor ainda diferencia o peculato-desvio dos tipos penais acima mencionados de emprego irregular de verbas públicas e de ordenação de despesa não autorizada em lei. Segundo HORTA, “Estas figuras delitivas também compreendem uma violação da vontade da Administração, prevista nos seus orçamentos. Também aqui há uma arbitrariedade no gasto, que compromete a legalidade na gestão dos recursos públicos. Mas diferentemente do que ocorre no peculato, ao gasto irregular ou ordenação ilegal de despesa correspondem a aquisição de um bem ou serviço pela própria Administração” (*Ibid.*, p. 186).

68. HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 185 e ss.

69. HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 186. Afirma que

O objeto de análise deste artigo é, portanto, a chamada *gestão pública desleal*: o injusto atentatório ao patrimônio público praticado *desde dentro* por decisões discricionárias, ou seja, a tomada de decisão com dever discricionário, pelo gestor público da Administração Direta, de disposição ofensiva ao patrimônio público, quebrando a confiança que havia se estabelecido previamente quando recebeu delegação – diretamente pelo voto popular ou concurso público ou indiretamente, ao ser investido no cargo por autoridade eleita ou concursada – para administrá-lo.

A partir desse objeto, o que se propõe é analisar se os crimes licitatórios podem ser interpretados à luz desse injusto (*gestão pública desleal*), ou seja, se são tipos penais que buscam proibir e punir exatamente esse injusto e quais as consequências para a abrangência dos tipos decorrentes dessa interpretação.

Na atividade de interpretação, o argumento teleológico é aquele que define qual o conceito prevalente de determinado termo ou proposição, com base na finalidade que subjaz a regra jurídica⁷⁰. No Direito Penal é comum identificar esse argumento interpretativo com o *bem jurídico tutelado*, ou seja, a partir do que se pretende proteger com a criminalização da conduta, interpreta-se a proposição disposta no tipo penal. No entanto, também é possível que dentro desse argumento teleológico esteja o injusto enquanto determinada forma de ataque. Vale dizer, interpreta-se a proposição do tipo penal a partir de determinada forma de ataque a um bem jurídico que se pretende evitar com a criminalização da conduta.

Quando o argumento teleológico, baseado no bem jurídico e no injusto que se pretende evitar, procura interpretar o tipo restritivamente, ou seja, ampliando a liberdade dos indivíduos, não há qualquer problema na sua utilização⁷¹. O problema surge quando o

“Quando se fala em desvio de gestão, o termo adquire um sentido metafórico bem mais amplo, de desconformidade dos atos do administrador aos termos do mandato, à lei ou às normas extralegais pertinentes, ao interesse do titular do patrimônio administrado, às boas práticas de gestão, etc.” (Ibid., p. 187).

70. Sobre os diferentes argumentos interpretativos, cf. ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*, n. 79, pp. 167-174.

71. Sobre isso, cf. ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, pp. 41-43.

injusto é utilizado como argumento para interpretar o tipo de forma ampliativa, para além do sentido literal possível, pois com essa atividade já se está no campo da proibida analogia⁷².

4. A interpretação dos crimes licitatórios à luz do injusto da gestão pública desleal

Conforme ficou evidente acima, nem sempre a conduta de ataque ao patrimônio público *desde dentro* representa violação das regras financeiras. Ao contrário, é plenamente possível que a destinação do patrimônio respeite essas regras pré-estabelecidas pelas normas financeiras, mas, ainda assim, haja risco de dano ou já haja dano efetivo ao patrimônio público com condutas praticadas no espaço de dever discricionário do gestor público, mormente durante a realização de contratação pública.

A título de exemplo, o Governador de um estado, cumprindo com o previsto na LOA, especificamente utilizando parte das rendas destinadas à despesa com obras públicas de engenharia, não realizou licitação prévia, sob o falso argumento de que se enquadrava nas hipóteses legais de inexigibilidade ou de dispensa de licitação, e contratou determinada empresa, que realizou o serviço. Após os trâmites de empenho e liquidação, ordenou o pagamento.

Nesse caso, o Governador cumpriu todas as regras financeiras necessárias, pois a mencionada despesa estava previamente autorizada pelo Poder Legislativo; foi empregada na finalidade correta e o dinheiro público teve o seu destino certo⁷³. Porém, ainda é possível observar conduta potencialmente lesiva ao patrimônio público e ela pode decorrer da conduta do gestor público de escolha de empresa sem prévia concorrência pública.

72. Nesse sentido, afirma ÁVILA: “Quando o intérprete, mesmo sem o dizer ou mesmo sem o saber, atribui a palavras e expressões constantes de dispositivos que outorgam poder ao Estado, ou estabelecem direitos e garantias individuais, significados incompatíveis com seus significados consolidados, ele acaba por surpreender o indivíduo, na medida em que este age esperando pelo reconhecimento de determinado significado e, depois que agiu, tem sua conduta regulada com base em um significado diferente” (ÁVILA, Humberto. *Constituição... op. cit.*, p. 39).

73. No mesmo sentido, cf. HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 188.

Não há aqui determinação legal sobre como decidir qual empresa será concretamente escolhida para aquela obra, pois esse é espaço de atuação discricionária do Gestor Público. Há somente a obrigatoriedade de seguir procedimento licitatório ou de se estar diante de situação de exceção, mas as decisões sobre (i) quando contratar; (ii) quais critérios utilizar; e (iii) quem contratar são decisões discricionárias do gestor público.

O procedimento licitatório é, assim, forma de fazer com que o gestor público, ao tomar suas decisões de execução do *orçamento público* previamente previsto na LOA, onere-o com a proposta economicamente mais vantajosa para a Administração, cumprindo com seu poder-dever de agir em nome do interesse público (*impessoalidade*). O patrimônio público é sempre o pano de fundo da licitação, pois a concorrência que nela se estabelece é para selecionar a melhor proposta para a Administração. Não há proteção da concorrência dos particulares por si mesma, mas sim a proteção (de certo modo utilitária) dessa concorrência para selecionar a melhor proposta.

Portanto, o que se buscará argumentar e demonstrar abaixo é que as condutas proibidas pelos crimes licitatórios devem se aproximar de ataques ao patrimônio a partir de dentro, por meio do exercício de poderes-deveres *discricionários*, ou seja, da ideia de *gestão desleal do patrimônio público* acima delimitada (item *supra* n. 3.2)⁷⁴.

Dentro dessa lógica, os crimes licitatórios – quando direcionados ao administrador público⁷⁵ – podem proibir e punir: (i) a prática de atos concretos ao longo de um procedimento licitatório, como

74. Próximo, HORTA afirma que “*Outras formas de desvio de gestão puníveis são aqueles previstos como crimes em licitação ou contratos administrativos no Código Penal..., como a contratação direta ilegal, a frustração do caráter competitivo de licitação (arts. 337E e 337F do CP), assim como a modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337H)*” (HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 187).

75. Os tipos penais dos arts. 337-L e O são ataques externos ao patrimônio público, pois são fraudes a respeito de informações do objeto de contratação ou cumprimento indevido do contrato. Normalmente são praticados pelos particulares. É possível que o administrador público participe da fraude ou seja com ela conivente. Porém, ainda assim, se caracterizará como um ataque externo, pois o núcleo do injusto não está na decisão administrativa que foi concedida ao administrador público e sim na fraude ajustada.

forma de garantir que os mencionados objetivos da licitação sejam cumpridos, buscando evitar assim qualquer perigo mínimo ao patrimônio público, por exemplo: *impedimento*, *perturbação* ou *fraude* de algum ato licitatório (art. 337-I); *violação do sigilo* das propostas (art. 337-J); *afastamento de licitante de forma indevida* – violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem – (art. 337-K); *admissão de concorrente inidôneo* (art. 337-M); *impedimento injusto de inscrição* de interessado (art. 337-N); ou (ii) a prática de condutas de efetiva gestão do patrimônio público, que implicam adjudicação ou cumprimento de contratos administrativos, por exemplo: *contratação direta ilegal* (art. 337-E); *frustração do caráter competitivo de licitação* (art. 337-F) ou *modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo* (art. 337-H).

A partir dessa breve classificação⁷⁶, os tipos penais do segundo grupo, por buscarem proibir e punir condutas de *gestão desleal do patrimônio público*, é que serão objeto de análise⁷⁷. Não será aqui analisado o tipo penal do art. 337-H, uma vez que trata de uma situação muito próxima dos crimes relacionados às regras financeiras vinculantes.

Dito isso, as análises feitas a seguir buscarão responder se há algum ganho interpretativo dos tipos penais licitatórios ao considerá-los como normas que proíbem e punem a gestão pública desleal para tutelar o patrimônio público.

4.1. O patrimônio público como o bem jurídico tutelado pelos crimes licitatórios – esboço de uma ideia

A maior parte dos autores argumenta que os bens jurídicos tutelados por esse delito são a moralidade e a probidade administrativa, sequer mencionando a possibilidade de que o patrimônio público

76. Essa classificação, baseada na ideia de que a licitação busca tutelar o patrimônio público fazendo com que se onere da forma mais vantajosa possível, não é a normalmente proposta pela literatura nacional. Os autores preferem se ater somente ao fato de que todas essas condutas são praticadas no contexto de licitações e/ou contratos administrativos e as classificam como sendo contrárias a algum ou alguns princípios dispostos na lei de licitações.

77. Os crimes do primeiro grupo se aproximam bastante da lógica dos crimes financeiros, porém de forma ainda mais antecipada, pois são descumprimentos de deveres previamente estabelecidos, relacionados com o procedimento licitatório.

seja o bem verdadeiramente tutelado⁷⁸. No entanto, essa posição não parece totalmente correta, com base na função político-criminal transcendente ao sistema.

Quando se proíbe penalmente a prática de uma conduta, a legitimidade dessa proibição não pode estar apenas baseada no argumento de que essa proibição implica a vantagem de que a conduta não será mais realizada. É preciso encontrar também uma vantagem que transcenda o mero cumprimento da norma, isto é, que tenha utilidade social. A função político-criminal do bem jurídico é exatamente a de indicar uma utilidade social para fundamentar a legitimidade de determinada criminalização. Vale dizer, com determinada criminalização se atingirá a proteção de um bem, que é de interesse social.

Para cumprir essa função, o bem jurídico deve ser dotado de um mínimo de concretude, o que parece não ser o caso dos bens jurídicos escolhidos pela doutrina para esse tipo penal⁷⁹. Em última instância, afirmar que o bem jurídico é a *moralidade* ou a *probidade administrativa* equivale a afirmar que a norma penal do art. 337-E do CP é útil (e legítima) porque, com ela, não serão mais praticadas condutas de contratação direta fora as hipóteses autorizadas em lei, o que não é verossímil⁸⁰.

78. Nesse sentido, cf. GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 72; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 141; SPONCHIADO, Jéssica Raquel. Contratação direta ilegal. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). *Crimes em licitação e Contratos Administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 83-96, 2023, p. 85; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 501; MASSON, Cleber. *Crimes em licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 11.

79. MARTINELLI argumenta que falar em probidade administrativa é “bastante vago”, porém defende que o bem jurídico seria a “*legalidade dos contratos administrativos, pois o que se pretende é que o procedimento licitatório seja realizado dentro dos parâmetros impostos pela lei*”, o que parece não mudar muito em termos de concretude da utilidade da norma para além do respeito à própria norma (MARTINELLI, João Paulo. Crimes de licitação. In: SOUZA, Luciano Anderson de. ARAÚJO, Marina Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: parte geral e leis penais especiais*. 2 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 387-436, 2022, p. 396). Ademais, o autor acaba admitindo, posteriormente no mesmo texto, que o bem jurídico é a probidade administrativa (*Ibid.*, p. 398).

80. Adotando expressamente essa postura, SPONCHIADO afirma: “Ao colocar como

Há ainda quem defenda que o bem jurídico tutelado pela norma seria a livre concorrência entre os licitantes⁸¹. No entanto, essa posição também não deve prosperar, pois, conforme esclarecido acima, a concorrência para as contratações públicas visa à promoção de vantagem econômica para o patrimônio público, por meio da seleção da proposta economicamente mais vantajosa⁸².

Assim, o patrimônio público, enquanto bem jurídico dotado de realidade/concretude e sendo o principal objetivo dos processos licitatórios, é a melhor posição para se eleger como objeto de tutela⁸³⁻⁸⁴. Argumenta-se contrariamente ao *patrimônio público* como

ponto de partida a concepção normativista, pode-se afirmar que o fim da norma contida no art. 337-E é a própria estabilização das expectativas normativas criadas a partir da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (SPONCHIADO, Jéssica Raquel. Contratação direta ilegal... *op. cit.* p. 87). Ocorre que, para a adoção dessa posição, é preciso que se fundamente como é possível abrir mão da exigência, ao legislador, que indique uma utilidade para a norma que seja independente de seu próprio cumprimento. Vale dizer, há enorme ônus argumentativo para que essa posição se sustente, mas o ônus não parece ter sido superado.

81. COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal. In: BREDÁ, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 82.

82. COSTA também reconhece essa nuance, razão pela qual chega a concluir que o legislador “... não conseguiu cunhar um tipo penal que se relacionasse claramente a um bem jurídico de referibilidade pessoal e que preenchesse os requisitos de legitimidade” (COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal... *op. cit.*, p. 82).

83. HORTA defende que os crimes licitatórios em questão são “ao menos crimes de perigo para o patrimônio público” (HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 188). Admitindo o patrimônio como bem jurídico tutelado, ainda que não unicamente, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 58 e REALE JR., Miguel. Incongruências e insegurança. In: BREDÁ, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 58.

84. HORTA parece adotar um conceito pessoal para delimitar o patrimônio público, afirmando que é “o conjunto dos seus bens e direitos, reais ou creditícios, assim como a própria disponibilidade deles para a realização dos seus fins” (HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso..., *op. cit.*, p. 193). Na sequência, define o dano como “diminuição do patrimônio administrado ... ou fique comprometido o acréscimo devido” (*Ibid.*, p. 194). É importante lembrar, conforme destacado no início do artigo, que o conceito de patrimônio é objeto de debate entre diferentes posições, mas que essa discussão gira em torno, quase que exclusivamente, do patrimônio privado. Assim, há espaço e necessidade para que se busque a delimitação do conceito de patrimônio público para fins penais e, por consequência, de dano/prejuízo ao patrimônio público.

bem jurídico tutelado por esse delito, afirmando que o tipo penal não exige prejuízo patrimonial para o Estado ou perigo de sua ocorrência, nem um especial fim de atingir esse prejuízo⁸⁵. O argumento, porém, não deve prosperar, pois a estrutura do tipo penal (se de lesão, de perigo concreto ou abstrato) não define o bem jurídico tutelado por ele. Logo, o fato de um tipo penal não exigir que ocorra um dano ou um perigo concreto ao patrimônio público não impede que esse tipo pretenda, de forma antecipada, tutelá-lo (perigo abstrato).

A partir dessa definição, pode-se interpretar os elementos dos tipos penais considerando-os tipos que tutelam o patrimônio público (função dogmática do bem jurídico) e que têm por objetivo captar o injusto de gestão pública desleal, observando-se, em nossa visão, ganhos em termos de coerência e delimitação da norma de comportamento.

4.2. Contratação direta ilegal (art. 337-E do CP)

O tipo penal do art. 337-E do CP criminaliza a conduta de “*Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei*”. Três são as principais controvérsias interpretativas a respeito desse tipo penal e que abaixo serão enfrentadas: (i) trata-se de crime comum ou especial? (ii) é necessário o resultado de prejuízo ao patrimônio público? e (iii) qual a conduta efetivamente proibida pelo tipo?

4.2.1. Qualidade especial de autor?

O primeiro ganho diz respeito à discussão sobre se esse é um crime próprio ou um crime comum. Vale dizer, se quem pratica a conduta típica precisa ostentar certa qualidade especial ou se qualquer indivíduo pode praticá-la.

A interpretação semântica da proposição disposta no tipo permite que se entenda que é crime comum, na medida em que qualquer indivíduo pode, em última instância, *dar causa* à contratação direta,

85. Nesse sentido, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal... op. cit.*, p. 82.

até mesmo aquele que a solicita⁸⁶. Imagine o sócio de uma empresa de eventos que apresenta toda a documentação para ser contratado de forma direta pela Administração Pública. Esse sócio deu causa a que essa contratação ocorresse, razão pela qual a interpretação *semântica* não permite a restrição dos potenciais autores do crime a um núcleo específico de indivíduos⁸⁷.

No entanto, ao se utilizar a interpretação *teleológica*⁸⁸, baseada no que foi proposto acima, ou seja, que se trata de crime que (i) tutela o patrimônio público e (ii) o protege de ataques desde *dentro*, no exercício de deveres discricionários, pode-se dizer que a proposição disposta no tipo penal deve ser interpretada de forma mais *restritiva*, considerando tão somente como autores do delito aqueles que detenham os deveres discricionários de decisão de contratação ou que receberam poderes específicos para proferir essa decisão⁸⁹, pois somente essa decisão é apta a impactar o patrimônio público, apesar de não estar, por outro lado, estritamente definida, de maneira prévia, pela lei.

É importante destacar que não se trata da mera qualidade de funcionário público⁹⁰, com conceito disposto no art. 327 do CP, mas

86. COSTA afirma que “Uma leitura superficial do tipo penal pode indicar que se trata de crime comum, que poderia ser cometido por qualquer pessoa. Essa, entretanto, não é a conclusão correta sobre o tema” (COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal... *op. cit.*, p. 83). Entendendo se tratar de crime comum na modalidade “possibilitar” e próprio nas modalidades “admitir” e “dar causa”, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, *op. cit.*, pp. 59-62.

87. Em que pese afirmem ser crime próprio, alguns autores afirmam que o particular com quem a Administração Pública contratou também é autor do crime, tratando-se de crime de concurso necessário, ou seja, sem a conduta do particular, enquanto autor, não há crime. Nesse sentido, cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal...* *op. cit.*, p. 501 e MASSON, Cleber. *Crimes em...* *op. cit.*, p. 13-14. Ao argumentarem dessa forma, os autores estão admitindo, em última instância, que se trata de crime comum.

88. Também se utilizando do argumento teleológico com base no injusto para resolver essa questão, apesar de não o fazer expressamente, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal... *op. cit.*, p. 83-84.

89. Nesse sentido, *Ibid.*, p. 83-84 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal...* *op. cit.*, p. 143-144 e MARTINELLI, João Paulo. Crimes de licitação... *op. cit.*, p. 401.

90. Adotando essa posição, cf. GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes...* *op. cit.*, p. 73. No entanto, os autores apresentam posição de certa forma confusa, pois, ao analisarem a situação do administrador, não competente,

sim de funcionário público que recebeu *poderes-deveres discricionários de administrar o patrimônio público do órgão licitante e, especificamente, de contratar uma pessoa, física ou jurídica, para a prestação de serviços ou fornecimento de bens*.

Vale dizer, servidores públicos que trabalhem no órgão licitante, por exemplo, pessoas responsáveis pelo setor de licitações de uma prefeitura, apesar de se enquadrarem no conceito de funcionário público para fins penais (art. 327 do CP), não ostentam a qualidade especial exigida por esse tipo penal, que é não só a de ser um funcionário público, mas sim de ser aquele com poderes-deveres para decidir sobre a contratação pública direta, ou seja, com poderes-deveres para onerar o patrimônio público⁹¹.

4.2.2. *Objeto da conduta: contratação direta fora das hipóteses previstas em lei*

Com relação a este elemento do tipo penal, há ganho no que toca à discussão sobre o chamado *dano ao patrimônio público*.

O argumento interpretativo semântico de tal elementar indica que qualquer procedimento disposto no art. 72 da Lei n. 14.133/2021 (contratação direta), ou a realização de contratação sem esse procedimento, que não se encaixe em alguma das hipóteses dos arts. 74 (inexigibilidade de licitação) e 75 (dispensa de licitação) da Lei n. 14.133/2021, já formaria o objeto sobre o qual recairá a conduta proibida. Ou seja, qualquer contratação sem licitação, que não esteja nas hipóteses legais, já seria objeto do crime.

Ocorre que, valendo-se aqui da interpretação *teleológico-restritiva*, mais especificamente da ideia de que se está procurando proteger

que realiza a contratação direta, concluem que a conduta é típica porque “... *havendo incompetência da autoridade, também há ilegalidade na dispensa*” (*Ibid.*, *idem*). O problema é que o particular, em última análise, também é alguém sem competência para realizar a contratação direta, o que poderia conduzir à conclusão de que se trata de crime comum. Crítico à posição dos autores, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal... op. cit.*, p. 144.

91. Nada obsta que outras pessoas, que não ostentem essa qualidade, também sejam responsabilizadas por esse crime, porém será preciso respeitar as regras do concurso de pessoas, o que significa, dentre outras exigências, que o agente que ostenta a qualidade especial pratique conduta ao menos tentada (art. 31 do CP). Nesse sentido, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal... op. cit.*, p. 83.

o patrimônio público contra gestões desleais, é possível restringir esse objeto. Vale dizer, somente o procedimento de contratação direta que, no momento de sua efetivação (*ex ante*)⁹², demonstrar potencialidade lesiva ao patrimônio público é que será objeto da conduta proibida pela norma disposta no tipo penal.

Não basta assim que o gestor público tenha tomado qualquer decisão de contratar sem licitação, não estando abarcado pelas hipóteses legais, para que pratique a conduta proibida. É preciso que, quando a decisão de contratação for tomada, fique evidente que tal contratação, sem a realização da licitação, traga consigo a possibilidade de gerar dano ao patrimônio público.

Imagine, por exemplo, a situação em que o Governador de um estado contrata empresa para fornecimento de materiais escolares sem licitação, apesar de não estar abarcado por qualquer das hipóteses legais. Porém, no momento da decisão, as demais empresas que concorreriam com a contratada em uma hipotética licitação apresentariam propostas mais onerosas para a Administração Pública. Nesse caso, embora exista a possibilidade de responsabilização administrativa e civil do Governador, não há que se falar na prática do crime em questão, pois não houve ataque ao patrimônio público por gestão pública desleal.

Isso esclarecido, há de se pontuar que, para que essa interpretação seja dotada de maior coerência e segurança jurídica, seria necessário ainda se debruçar sobre o conceito de *dano ao patrimônio público* e sobre quais seriam as hipóteses em que existiria a possibilidade de que isso ocorresse no momento da homologação (*ex ante*) da contratação. Porém, não há espaço para abrir esse debate nesta sede, tarefa a ser futuramente realizada.

4.2.3. Conduta proibida: admitir, possibilitar ou dar causa

Também é possível identificar ganho em termos de segurança jurídica para a delimitação da conduta *proibida* pelo tipo penal.

92. Admitindo a análise a partir dessa perspectiva, bem como que se trata de crime de perigo abstrato na modalidade periculosidade real, porém com base em outro bem jurídico, cf. MARTINELLI, João Paulo. Crimes de licitação... *op. cit.*, p. 398.

O argumento semântico para interpretação, denominado de *sentido literal possível*, limite intransponível entre a legalidade e a analogia *in malam partem*, indica, em última instância, que estariam proibidas todas as condutas causais para a ocorrência da contratação direta fora das hipóteses legais⁹³.

A palavra *admitir* tem como conteúdo semântico “*reconhecer, aceitar, adotar ou defender algo*”⁹⁴; *possibilitar*, por sua vez, significa “*tornar factível, ensinar... aceitar a proposição*”⁹⁵ e, por fim, *dar causa* é definido como “*de qualquer forma concorrer para o resultado*”⁹⁶.

Caso se escolha como interpretação prevalente das condutas proibidas o conteúdo semântico de cada uma dessas palavras, todo aquele que, de alguma forma, seja ela qual for, contribuir para que ocorra a contratação direta fora das hipóteses legais terá praticado a conduta proibida.

Imagine, por exemplo, o funcionário público que formaliza o procedimento; o empregado da empresa que leva a documentação; o sócio que determina ao empregado que leve a documentação; o Procurador do Município que profere parecer pela possibilidade da contratação; o Secretário de economia que faz a destinação da verba pública para a contratação; ou mesmo, conforme propõe COSTA, o “*doutrinador que defende a possibilidade de determinada contratação direta distinta das hipóteses legais*”⁹⁷⁻⁹⁸.

93. COSTA afirma que, ao invés de se valer de maior rigor técnico, o legislador “*utilizou verbos que dificultam – quiçá até impossibilitam – a correta compreensão da conduta proibida*” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal... op. cit.*, p. 83).

94. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal... op. cit.*, p. 83. No mesmo sentido, MASSON, Cleber. *Crimes em... op. cit.*, p. 12.

95. GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes... op. cit.*, p. 74. No mesmo sentido, MASSON, Cleber. *Crimes em... op. cit.*, p. 12.

96. GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes... op. cit.*, p. 74. No mesmo sentido, MASSON, Cleber. *Crimes em... op. cit.*, p. 12.

97. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal... op. cit.*, p. 83. Indicando que a escolha desses verbos pelo legislador viola o princípio da legalidade, em sua faceta da taxatividade, cf. REALE JR., Miguel. *Incongruências e insegurança*. In. BREDI, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 56-58.

98. Também preocupados com a amplitude da conduta proibida, caso se aplique

Porém, partindo do argumento *teleológico* já proposto acima⁹⁹, é possível restringir o âmbito de incidência da proibição penal, entendendo que as condutas proibidas são as diferentes formas pelas quais o gestor público pode contribuir no processo de contratação direta de maneira desleal, ou seja, valendo-se de seu espaço de poder-dever discricionário para atingir fim diverso do bem público e comum. Portanto, não é só uma restrição do ponto de vista do agente que pratica as condutas (essa restrição já foi feita com a eleição da qualidade especial de autor), mas também uma restrição a respeito do conteúdo do agir, que já carrega em si algo de ilícito, que é a tomada de decisão ofensiva, arriscada, ao patrimônio público¹⁰⁰.

Dar causa, portanto, não é simplesmente contribuir para a cadeia causal até a realização da contratação direta. É preciso que o gestor público da Administração Direta crie o ensejo para que ocorra a contratação direta¹⁰¹, indicando, por exemplo, a necessidade de prestação de determinado serviço ao órgão público, cujo patrimônio está administrando, ou crie as condições para que exista a aparência de situação de contratação direta, que, na verdade, não existe¹⁰².

somente a lógica causal, cf. GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes...* op. cit., p. 45. Os autores lançam mão da teoria da imputação objetiva como forma de restringir o conteúdo da norma de comportamento (*Ibid.*, p. 45 e ss. e 74), porém, ao que parece, de forma pouco concreta, não aplicando-a na resolução de casos concretos.

99. COSTA argumenta que “*Logicamente, o legislador não pode ter se referido a uma conduta tão ampla*” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal...* op. cit., p. 83). Ocorre que a atividade interpretativa não precisa ficar adstrita ao que o legislador pretendia. Esse é somente um dos argumentos interpretativos, mas que não prevalece em relação a argumentos como o teleológico.

100. Ao tentar definir o conteúdo do termo “*dar causa*” disposto no tipo, COSTA afirma: “*Dar causa consiste em praticar comportamento ilícito consistente na causação da contratação direta*” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal...* op. cit., p. 83 – grifo nosso). Fica evidente a preocupação da autora em já incluir algum agir ilícito, porém não o faz de forma fundamentada.

101. Próximo, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., pp. 68-69.

102. Ainda buscando restringir o conteúdo dessa norma de comportamento do tipo, COSTA afirma que “*Essa causação, contudo, não deve ser distante da contratação direta em si...*” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação direta ilegal...* op. cit., p. 83). A intenção da autora é correta, mas falta um fundamento para restringir o conteúdo da norma de comportamento, não sendo suficiente simplesmente postular pela exigência de proximidade com a contratação.

Ilustrativos são os exemplos trazidos por MARQUES/FULLER/ROCHA, nos quais um gestor público elabora um documento de formalização de demanda ou retarda a apresentação desse documento, ensejando caso de “emergência” para a contratação direta¹⁰³.

Já a conduta de *possibilitar* é o agir do gestor público para que se inicie o procedimento de contratação direta dentro do órgão da Administração Pública. Trata-se de conduta integrante do procedimento de contratação direta, uma situação na qual o gestor já tomou algumas decisões administrativas¹⁰⁴.

Por fim, *admitir* é a conduta mais enérgica, a efetiva decisão de contratação tomada pelo gestor público¹⁰⁵. Significa *efetivar* a contratação direta fora das hipóteses por meio da homologação ou tão somente *não intervir* para impedir que ela ocorra.

Seria possível contra-argumentar que, se o tipo penal só proíbe condutas dos gestores públicos e se “admitir” já engloba a decisão de contratar, então os outros dois verbos núcleo do tipo seriam supérfluos. Porém, esse argumento não prospera, pois, de acordo com o que foi tratado acima, é possível verificar que há uma antecipação do campo de proteção penal, que abarca não só o ato decisório (p. ex. assinar a homologação), mas também toda a cadeia decisória, englobando decisões anteriores, tais como abrir o processo de contratação ou até mesmo criar uma demanda pela contratação¹⁰⁶. Essa interpretação somente faz sentido na medida em que se elege (i) o patrimônio público como bem jurídico a ser tutelado pelo tipo e (ii) as condutas do processo decisório anteriores à homologação

103. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., p. 62.

104. Próximo, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., p. 68, que falam em “atos de desenvolvimento (e instrução) do procedimento administrativo de contratação direta”.

105. Próximo, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., pp. 66-67.

106. No mesmo sentido, MARQUES/FULLER/ROCHA afirmam: “Como se observa, as condutas de dar causa, possibilitar e admitir correspondem, respectivamente, aos atos inicial, intermediário e final do procedimento administrativo de contratação direta...” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., p. 73).

por parte do gestor público como já perigosas e/ou ofensivas a esse patrimônio.

4.3. Frustração do caráter competitivo de licitação (art. 337-F do CP)

O tipo penal do art. 337-F do CP criminaliza a conduta de “*Frustrar ou fraudar, com intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório*”. Ao se interpretar seus elementos, considerando-o como um tipo penal que capta o injusto de gestão pública desleal, surgem, em nossa opinião, importantes ganhos em termos de coerência e segurança jurídica.

4.3.1. Conduta: frustrar ou fraudar

Diferentemente do tipo penal anterior, esse é delito comum, sem exigência de especial qualidade do autor, pois é plenamente possível atingir o patrimônio público por meio da prática de fraudes entre os particulares¹⁰⁷.

Frustrar, semanticamente, é atrapalhar, prejudicar, impedir, inviabilizar¹⁰⁸. Assim, qualquer indivíduo que desfizer a existência de competição na licitação por meio, por exemplo, da descoberta prévia da proposta sigilosa de um competidor, frustrará o caráter competitivo da licitação.

Fraudar, por outro lado, significa “*dissimular determinada circunstância de fato ou de direito*”¹⁰⁹, ludibriar. Dessa forma, aquele que realizar engodo de forma a atestar falsamente que há uma con-

107. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes...* op. cit., p. 100; BREDÁ, Juliano. Frustração do caráter competitivo de licitação. BREDÁ, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 108; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal...*, op. cit., p. 503; MASSON, Cleber. *Crimes em...* op. cit., pp. 21-22; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., p. 120 e ss.

108. MASSON, Cleber. *Crimes em...* op. cit., p. 20; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal...*, op. cit., p. 503; BREDÁ, Juliano. Frustração do..., op. cit., p. 111.

109. BREDÁ, Juliano. Frustração do..., op. cit., p. 111.

corrência quando, na realidade, não há, como combinar previamente com outros competidores os preços; colocar como competidor pessoa jurídica que, faticamente, não tem atividade concreta, cometerá a conduta disposta no tipo¹¹⁰.

Porém, essas situações são hipóteses de ataque ao patrimônio público *desde fora*, que aqui não serão objeto de análise. De outro lado, esse tipo penal também pode captar o *injusto* da gestão pública desleal, de modo que haverá restrição no âmbito das condutas tipificadas.

Do ponto de vista desse injusto, é possível, por meio de interpretação teleológica, restringir a fraude e a frustração à realização de atos concretos pelo gestor público dotado de deveres discricionários para decisão de contratação, de forma a atestar falsa competição quando, na realidade, já há a escolha do participante vencedor (p. ex. convidar empresas que sabe que vão combinar o preço a ser apresentado; realizar vistoria local como maneira a facilitar que os participantes se comuniquem) ou ainda de forma a beneficiar um participante dentro da competição, frustrando-a (p. ex. criar edital com cláusulas restritivas, impedindo assim a participação de empresas no certame ou desclassificar indevidamente um concorrente¹¹¹).

Portanto, para que a conduta seja típica do ponto de vista do injusto da gestão pública desleal, é necessário que se estabeleça relação triangular entre a pessoa política (município, estado etc. – o principal); o gestor público administrador (delegado) e o particular contratado. Não bastaria, assim, que o gestor público restringisse o edital somente por desejo próprio ou para acelerar a contratação administrativa, mas sem prévia combinação com alguma empresa participante.

Ademais, é preciso que o gestor atue violando os interesses do Estado em sentido amplo (principal) e beneficiando o particular contratante. Portanto, não é suficiente que convide empresas falsas

110. Próximo, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., p. 125.

111. Próximo, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., pp. 124-125.

– ainda que esteja combinado com uma delas –, se o objetivo for de melhor selecionar as empresas competidoras, cumprindo com o interesse do principal. É preciso que esse expediente que frustre ou crie a ilusão de uma competição seja o meio pelo qual a proposta mais vantajosa para a Administração Pública direta não será selecionada.

Há, assim, violação da relação entre Estado (principal) e o agente que o representa, de modo que surja potencialidade lesiva ao patrimônio do principal (patrimônio público), seja por conta do objetivo de conseguir vantagem decorrente da adjudicação, seja pela não escolha da melhor proposta econômica.

Portanto, é preciso que a fraude ou a frustração do caráter competitivo seja realizada pelo gestor público com poderes de decisão a respeito da homologação do objeto da licitação. Como consequência dessa ideia, caso exista uma combinação entre um particular participante da licitação e um membro da comissão de licitação, por exemplo, ainda que este seja funcionário público para fins penais, não há que se falar em um injusto de gestão pública desleal, mas somente em um ataque *de fora* ao patrimônio público.

4.3.2. *Especial fim de agir: com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação*

A interpretação desse elemento subjetivo especial do tipo é ampla, no sentido de que qualquer vantagem aos agentes é suficiente. Entende-se, assim, que o simples contrato com a Administração Pública e a mera adjudicação do objeto da licitação já são vantagens suficientes para caracterizar esse elemento subjetivo especial¹¹². Assim, por exemplo, se o Secretário de Educação abre edital de modo a beneficiar a empresa que entende ter a melhor qualidade e preço e ela acaba se sagrando vencedora, o elemento subjetivo especial já estaria presente, a saber, a mera intenção de conseguir o contrato com a Administração Pública direta.

112. Nesse sentido, cf. BREDÁ, Julianio. Frustração do..., *op. cit.*, pp. 113-116; GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes...* *op. cit.*, p. 102; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, *op. cit.*, pp. 131-133.

Porém, considerando o argumento teleológico no sentido de que o delito tutela o patrimônio público de ataques *desde dentro* (e de fora também, quando envolver somente particulares), pode-se dizer que essa vantagem deve estar relacionada a um dano àquele patrimônio. Vale dizer, precisa ser uma vantagem que reflita um contrato que não seja o mais vantajoso economicamente para a Administração Pública ou que seja um contrato que necessitará de aditivos por conta dos pagamentos ao agente público¹¹³.

5. Conclusão

Como referido, a pandemia da Covid-19 foi um dos principais acontecimentos históricos do século XXI, chamando a atenção para situações práticas, como a administração do patrimônio público para gerir crises na área da saúde.

Nesse sentido, o patrimônio, enquanto bem jurídico passível de tutela penal, pode ser atacado por duas espécies de conduta: aquelas que vêm *desde fora* e aquelas que o atingem *a partir de dentro*. Em ambas as espécies, tanto o patrimônio particular como o patrimônio público podem ser atacados.

No presente artigo, selecionou-se como objeto de estudo o injusto da chamada gestão pública desleal, que nada mais é do que o ataque ao patrimônio público *desde dentro* por aquele que detém poder-dever discricionário de administrá-lo.

Propôs-se, então, a interpretação dos tipos penais licitatórios à luz desse objeto, partindo da concepção teleológico-restritiva. A partir disso, concluiu-se que existem ganhos em termos de segurança jurídica e restrição da incidência dos tipos penais dos arts. 337-E e F do Código Penal, resolvendo as principais controvérsias a respeito de cada um deles.

113. Negando expressamente a necessidade de superfaturamento ou sobrepreço, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações...*, op. cit., pp. 132-133.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*, n. 79, p. 167-174;
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*: anotações à Lei n. 10.028, de 19-10-2000. São Paulo: Saraiva, 2002;
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal. In. BREDÁ, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;
- ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;
- GRANDIS, Rodrigo de. *O delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022;
- GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas de aces-soriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, jan./fev., pp. 152-194, 2006;
- GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. GRECO, Ana Marcia. *Dos crimes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;
- HORTA, Frederico. Entre o desvio de recurso e o desvio de gestão: limites objetivos do peculato em confronto com outras formas de administração infiel do patrimônio público. *Revista de Estudos Crimi-nais*, n. 81, abr./jun., pp. 178-202, 2021;

- HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e o conteúdo intelectual do dolo*. Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016;
- LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade patrimonial: uma velha novidade (parte 1). *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-03/leite-teixeira-criminalizacao-infidelidade-patrimonial/>. Acesso em: 09.01.2024;
- LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. A criminalização da infidelidade patrimonial: uma velha novidade (parte 2). *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/leite-teixeira-criminalizacao-da-infidelidade-patrimonial-parte-2/>. Acesso em: 09.01.2024;
- LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, vol. 1, Florianópolis: Empório do Direito, pp. 15-58, 2017;
- MASSON, Cleber. *Crimes em licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021;
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. FULLER, Paulo Henrique Aranda. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023;
- MARTINELLI, João Paulo. Crimes de licitação. In. SOUZA, Luciano Anderson de. ARAÚJO, Marina Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: parte geral e leis penais especiais*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 387-436, 2022;
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dos crimes contra as finanças públicas. In. SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). *Código Penal Comentado*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, pp. 1301-1322, 2022;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006;
- PASTOR MUÑOZ, Núria. La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico. In. SILVA SÁNCHEZ,

- Jesús-María. MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013;
- PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2018;
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021;
- REALE JR., Miguel. Incongruências e insegurança. In. BREDÁ, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;
- RUIVO, Marcelo Almeida. Arts. 359-A a 359-H. In. REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código Penal Comentado*. 2. ed., São Paulo: SaraivaJur, pp. 1196-1220, 2023;
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014;
- SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? Trad. Luís Greco. In. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013;
- SPONCHIADO, Jéssica Raquel. Contratação direta ilegal. In. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). *Crimes em licitação e Contratos Administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 83-96, 2023; e
- WUNDERLICH, Alexandre. Dos crimes contra a administração pública. In. SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). *Código Penal Comentado*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, pp. 1005-1056, 2022.