

ADVOCACIA ADMINISTRATIVA NOS CRIMES LICITATÓRIOS

VIII

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Bem jurídico tutelado. 3. Sujeitos ativo e passivo do crime. 4. Tipo objetivo: adequação típica. 4.1. Causar a instauração de licitação ou celebração de contrato. 4.2. Invalidação de licitação ou de contrato decretada pelo Poder Judiciário. 5. Tipo subjetivo: adequação típica. 5.1. (Des)necessidade de elemento subjetivo especial do injusto. 6. Consumação e tentativa. 7. Classificação doutrinária. 8. Pena e ação penal.

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

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

1. Considerações preliminares

A criminalização da denominada *advocacia administrativa* constitui inovação do Código Penal de 1940, na medida em que o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 desconheciam essa figura típica, que não passava de simples infração administrativa.

Relativamente aos *crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo*, a advocacia administrativa é disciplinada pela Lei n. 8.137/90 (art. 3º, III), que, por ser *especial*, afasta a geral (Código Penal). Por isso, o *patrocínio de interesse privado* ante a administração fazendária, em matéria tributária ou previdenciária, é criminalizado pela lei de sonegação tributária (*lex specialis derogat legi generali*), que aplica, inclusive, a pesadíssima pena de reclusão de um a quatro anos.

Na mesma balada, a Lei n. 8.666/93 – que regulamenta *as licitações e contratos da Administração Pública* – também criou sua própria figura de *advocacia administrativa* (art. 91), punindo o *patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública*. Tal como ocorre na hipótese dos crimes tributários, também na seara das licitações públicas, havendo advocacia administrativa, será aplicável a previsão contida nessa lei, cuja pena cominada é de seis meses a dois anos de detenção e multa.

Dispomos, como acabamos de constatar, de três modalidades de advocacia administrativa – uma geral e duas especiais – punindo, pela mesma conduta, com sanções absolutamente distintas, a despeito de tratar-se, basicamente, do *mesmo bem jurídico tutelado*, ignorando princípios básicos, como os da *proporcionalidade* e da *humanidade* da pena criminal.

2. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, que é incompatível com o exercício de *advocacia administrativa* em favor do interesse privado. Como destaca Damásio de Jesus, “a lei penal protege o regular funcionamento da administração governamental, tutelando-a da conduta irregular de seus componentes que, em razão do cargo, procuram defender interesses alheios ao Estado, de particulares, lícitos ou ilícitos”²³². Com efeito, ao funcionário público, no exercício da função, não é permitido agir para a satisfação de interesse privado, próprio ou de terceiro, ainda que não objetive conseguir alguma vantagem pessoal de qualquer natureza.

Especificamente, o bem jurídico tutelado neste art. 91 é a garantia da respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das *contratações públicas*, que são ofendidas com a conduta descrita neste artigo. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, proteger a lisura, transparência e igualdade de tratamento na *contratação pública*, impedindo a interferência de interesses estranhos – mesmo patrocinados por outros funcionários públicos – na retidão do *processo licitatório*, que, certamente, comprometeria a isonomia concorrencial. O administrador público deve, para bem desempenhar suas funções, despir-se de *interesses ou sentimentos pessoais*, priorizando o cumprimento pronto e eficaz de suas atribuições de ofício, que deve ser realizado escrupulosa e tempestivamente sem a intervenção de ninguém. Em outros termos, como destacou Basileu Garcia, a tutela penal, nesta hipótese, objetiva “robustecer a obrigação de extrema imparcialidade dos funcionários em face das pretensões dos particulares perante o Estado, veiculadas pelas repartições públicas”²³³.

O sentimento do *administrador público*, enfim, não pode ser outro senão o de cumprir e fazer cumprir o processo licitatório com toda transparência e correção, observando estritamente as disposições legais pertinentes à matéria, sem sofrer influências externas de quem quer que seja. A criminalização constante do art. 91 pretende, enfim, impedir procedimento que ofenda ou dificulte o tratamento isonômico dos concorrentes, ou que, por qualquer razão, dificulte ou impeça a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

3. Sujeitos ativo e passivo do crime

Sujeito ativo somente pode ser o *funcionário público*, tratando-se, por conseguinte, de *crime próprio*, que exige essa *condição especial* do agente, da qual deve prevalecer-se para *patrocinar interesse privado perante a Administração Pública*, a despeito de não constar expressamente na descrição típica. É da essência dessa infração penal a característica de ser um *crime funcional*, na medida em que o *particular* não

232. Damásio de Jesus, *Direito penal*, p. 181.

233. Basileu Garcia, *Dos crimes contra a administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 443.

sofre essa mesma vedação legal. É indiferente que não fosse *funcionário* quando iniciou a conduta criminosa, desde que nela tenha persistido após sua nomeação. A fase inicial podia ser lícita, mas não sua sequência após ter adquirido a condição especial exigida pelo tipo. No mesmo sentido é o magistério de Vicente Greco Filho, que pontifica: "O sujeito ativo é o funcionário público que patrocina interesse privado perante a Administração. Se o agente não era funcionário e patrocinava interesse privado, mas, posteriormente, vem a ser nomeado agente público e prossegue na intermediação, incide na infração"²³⁴. Enfim, autor desse crime é somente o *funcionário público*, enquanto funcionário, como funcionário e nessa condição, pois sua característica principal, repetindo, é ser um *crime funcional*, tratando-se, por conseguinte, de *crime próprio*, que não pode ser praticado por qualquer particular, sem essa condição ou qualidade.

O simples fato de o agente ser *servidor público*, por si só, não é suficiente para caracterizar esta infração penal, ainda que pratique conduta semelhante. É indispensável, como destaca o texto legal, que o agente valha-se dessa condição (*funcionário público*) para obter alguma vantagem perante a Administração Pública em favor do interesse privado. Nesse sentido, merece ser destacada a primorosa lição de Cretella Júnior, *in verbis*: "Valer-se dessa *qualidade* é desempenhar o serviço público não de modo objetivo, mas subjetivo, favorecendo um, em detrimento de outro, infringindo, assim, o princípio de igualdade do administrado perante a Administração. O funcionário age como se a *res publica* fosse sua ou age como se fosse o advogado do interessado, patrocinando-lhe o interesse, perante a Administração"²³⁵.

A prática criminosa pode ser direta ou indireta, isto é, por interposta pessoa, expressamente admitida na descrição da conduta típica. O *particular*, individualmente, não pratica esse tipo de crime, não lhe sendo vedado defender ou patrocinar interesse privado perante a Administração Pública, aliás, pelo contrário, a este lhe é assegurado constitucionalmente esse direito (art. 5º, XIII). Afora esse aspecto, admite-se a possibilidade do concurso eventual de pessoas, ou seja, o particular (sem reunir a condição especial típica), o *extraneus*, pode concorrer para o crime, na condição de partícipe, auxiliando o *intraneus*, induzindo-o ou instigando-o à prática delituosa.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pelo Poder Público. Convém destacar, no entanto, que será sujeito passivo somente o ente público no âmbito do qual a licitação foi instaurada ou o contrato público celebrado.

Se houver *prejuízo a terceiro* – o que, aliás, é bastante provável, considerando-se a existência de concorrentes –, este, certamente, também poderá figurar como sujeito passivo, considerado pela doutrina majoritária como *secundário*. O *prejuízo* sofrido pela inviabilização do certame licitatório o torna também sujeito passivo dessa infração penal, legitimando-o, inclusive, a propor eventual ação penal subsidiária.

234. Vicente Greco Filho, *Dos crimes da lei de licitações*, 2. ed., p. 81-82.

235. José Cretella Júnior, *Das licitações públicas*, p. 413.

4. Tipo objetivo: adequação típica

O *nomen juris* – advocacia administrativa – talvez não seja o mais adequado, pois, *a priori*, dá uma ideia de que a ação seja privativa de advogado, o que não corresponde à realidade, pois o verbo nuclear utilizado “patrocinar” deixa claro que seu significado é defender, proteger, postular, o que, teoricamente, pode ser cometido por qualquer pessoa, desde que reúna a condição de funcionário público. Pelo menos, o Anteprojeto da Reforma Penal mudou o *nomen juris* dessa figura penal para *patrocínio indevido*, eliminando, dessa forma, os inconvenientes que acabamos de apontar.

A ação incriminada consiste em *patrocinar*, direta ou indiretamente, *interesse privado* (de particular) perante a Administração Pública. *Patrocinar* é defender, pleitear, advogar, proteger, auxiliar ou amparar o interesse privado de alguém. Contrariamente à previsão do Código Penal (art. 321), não consta expressamente que se trate de *funcionário público* que se valha dessa *qualidade*, ou seja, aproveitando-se da facilidade de acesso junto a seus colegas e da camaradagem, consideração ou influência de que goza entre eles. No entanto, o crime de *advocacia administrativa* é, por excelência, um *crime funcional*, exigindo, conseqüentemente, que o sujeito ativo ostente a *condição especial de funcionário público* e, no caso, mais que isso, que o agente valha-se dessa condição para obter facilidades para o patrocinado. Não basta, portanto, ser funcionário público, é necessário que dela se utilize para patrocinar interesse privado. Equivocando, *venia concessa*, o entendimento em sentido contrário de Guilherme Nucci, quando sustenta que “o art. 91 da Lei n. 8.666/93 dispensa essa condição. Logo, para a configuração do crime, basta que o servidor público – conhecido ou não dos outros funcionários; fazendo uso de informes privilegiados ou não – busque beneficiar terceiros perante os interesses estatais”²³⁶. Na verdade, a condição de funcionário público é uma *elementar implícita* do crime de advocacia administrativa, até porque não há qualquer proibição de o particular poder patrocinar interesses privados perante a Administração Pública. Nesse sentido, Greco Filho destaca: “[...] porque não tem cabimento apenas o particular que patrocina os seus interesses ou os de terceiros perante a Administração, porque seriam criminosos todos os advogados que requererem, em nome de seus clientes, perante a Administração ou, mesmo, cada um de nós que pleitear qualquer coisa perante ela. A infração é funcional, portanto, e assim será tratada”²³⁷.

Com efeito, o que este tipo penal proíbe não é que ocorra *patrocínio* de interesse privado perante a Administração Pública, mas que esse *patrocínio* seja realizado por funcionário público valendo-se dessa sua condição. O que se pretende punir é a atitude do funcionário que comprove o seu *animus* de “advogar” interesses alheios, utilizando-se de sua condição e de sua influência de funcionário público para beneficiar o patrocinado, justa ou injustamente. Com o prestígio que tem no interior das repartições públicas e a facilidade de acesso às informações ou troca de favores, a interferência de um funcionário público, *patrocinando* interesse privado de alguém, retira a neutralidade e a isenção que a Administração Pública deve manter na administração de interesse público.

236. Guilherme de Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 3. ed., p. 819.

237. Vicente Greco Filho, *Dos crimes da lei de licitações*, 2. ed., p. 79.

Interesse privado, por sua vez, é qualquer finalidade, meta, vantagem ou objetivo a ser alcançado pelo particular perante a Administração Pública. Contrapondo-se ao interesse público, o interesse privado é vantagem ou proveito que o particular pretende alcançar ou obter perante a Administração Pública. É irrelevante, para este diploma legal, a *legitimidade* ou *ilegitimidade* do interesse privado patrocinado. Para a caracterização do crime, no entanto, é insuficiente a simples informação dos interesses postulados. Não se trata, por outro lado, de “mero interesse” de algum funcionário no atendimento mais ou menos rápido de determinados papéis, pedidos ou expedientes, atendendo a pedido de algum amigo ou conhecido. Todo cidadão tem ou pode ter interesse privado a postular perante a Administração Pública, por si ou por interposta pessoa, legitimamente. O *particular* que se dirige à Administração Pública o faz, na maioria das vezes, para postular direitos ou interesses, próprios ou de terceiros (várias pessoas postulam, inclusive, interesses dos familiares, de amigos e até de vizinhos). Certamente, não é desse interesse privado que se ocupa o dispositivo legal que ora se examina.

Com efeito, a locução “interesse privado”, *lato sensu*, como elementar típica, é mais abrangente e pode compreender “simple interesse” (estrito senso), que se esgota no plano administrativo, como também “um direito”, o qual, insatisfeito na esfera administrativa, pode ser postulado no plano judicial. Em ambos os casos – interesse ou direito – a pretensão privada pode ser, ilegalmente, *patrocinada* por funcionário público, valendo-se dessa condição, incorrendo na proibição constante do art. 91 da Lei n. 8.666/93. Repetindo, é necessário, no entanto, que o funcionário público valha-se dessa sua condição para postular o interesse privado, influenciando ou pretendendo influenciar com o seu prestígio (ou pretensão prestígio) a solução satisfatória de sua demanda.

O objeto material da proteção penal é o patrocínio de *interesse privado* perante a Administração Pública, independentemente de ser ou não *legítimo*, na medida em que, ao contrário do Código Penal, esse aspecto não foi nem limitado nem distinguido pelo legislador. A *ilegitimidade do interesse privado*, que na figura similar do Código Penal (art. 321) qualifica o crime, não recebe tratamento diferenciado nesta figura especial. Alguns autores, no entanto, sustentam que, na hipótese deste dispositivo legal, o *interesse privado* patrocinado é sempre *ilegítimo*, como Paulo José da Costa Jr., que afirma: “O interesse patrocinado é sempre *ilegítimo*, porquanto o contrato celebrado deverá ser invalidado pelo Judiciário”²³⁸. No mesmo sentido, Greco Filho: “Isso significa que a licitação provocada pela atuação do funcionário deve corresponder a uma *pretensão ilegítima*, porque reconhecida como tal pelo Poder Judiciário”²³⁹. Em sentido semelhante, referindo-se à necessidade da decisão judicial, também se manifesta Diógenes Gasparini: “não sendo suficiente para esse fim a *anulação* administrativa da licitação instaurada ou do contrato celebrado”²⁴⁰.

238. Paulo José da Costa Jr., *Direito penal das licitações*, p. 30.

239. Vicente Greco Filho, *Dos crimes da lei de licitações*, 2. ed., p. 80.

240. Diógenes Gasparini, *Crimes na licitação*, p. 109.

Na verdade, constata-se que referidos autores incorrem em duplo equívoco: em primeiro lugar, o art. 91 não faz qualquer referência sobre legitimidade ou ilegitimidade do interesse privado, como imaginam. O Código Penal as distingue tão somente para punir mais severamente a *ilegitimidade* do interesse. Por isso, nesta lei especial, para efeitos de tipicidade é indiferente que o interesse privado seja legítimo ou ilegítimo; em segundo lugar, é irrelevante que a invalidação deva ser decretada pelo Poder Judiciário para efeitos de aferir a natureza do interesse privado. Com efeito, a *invalidação* pode ser decretada não pela natureza legítima ou ilegítima do interesse, mas pelo *modus operandi* de sua defesa ou patrocínio. Dito de outra forma, o interesse privado pode ser *legítimo*, mas não a forma de seu patrocínio ou defesa, por funcionário público, e por isso deve ser *invalidado* pelo Poder Judiciário, pois sua *invalidade* não decorre somente da *ilegitimidade* do interesse, mas fundamentalmente da “ilegitimidade” do patrocínio em si. Aspectos meramente formais podem, inclusive, ser suficientes para gerar a invalidação de iniciação de licitação ou mesmo de celebração de contrato. Não quer dizer, por outro lado, que, para outros fins, a ilegitimidade não possa ser reconhecida no âmbito administrativo, ao contrário do que afirmam Costa Jr. e Greco Filho. Em outros termos, o que torna *inválida* a licitação ou o contrato celebrado não é a *ilegitimidade* do interesse privado, mas do patrocínio levado a efeito pelo funcionário público.

O *patrocínio* pode ser *direto*, isto é, sem interposta pessoa, ou *indireto*, quando se utiliza de terceiro para atingir seu desiderato. Pode ser, ainda, *formal e explícito* (petições, requerimentos etc.) ou *dissimulado e implícito*, seja acompanhando o andamento de processos ou pressionando, de alguma forma, para apurar a decisão ou, ainda, tomando conhecimento das decisões adotadas etc. Em qualquer das hipóteses, é importante que o agente aja aproveitando-se das facilidades que sua condição de funcionário público lhe proporciona. Nesse sentido, já pontificava Hungria: “O patrocínio pode ser exercido direta ou indiretamente, isto é, pelo próprio funcionário ou servindo este (*sic*), como intermediário, de alguém que se sabe agir à sombra do seu prestígio (ex.: um seu filho), e que será copartícipe do crime”²⁴¹. Ademais, no *patrocínio* ou advocacia administrativa não se exige a contrapartida de *vantagem econômica* ou de qualquer outra natureza; pode ser usado, por exemplo, para satisfazer *interesse pessoal*, prestar um favor a alguém etc. A *motivação* da conduta, enfim, é irrelevante para a caracterização do crime.

4.1. Causar a instauração de licitação ou celebração de contrato

Esta modalidade de advocacia administrativa, além de ser *especial*, é bem mais restrita que aquela geral prevista no Código Penal (art. 321), exatamente pela presença destas *elementares normativas*, inexistentes na previsão do Código Penal. É especial porque está limitada ao âmbito daqueles entes públicos aos quais estejam diretamente vinculados os procedimentos licitatórios; e é, ao mesmo tempo, duplamente restringida pela existência dessas elementares, quais sejam: (a) dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, (b) cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário. Examinaremos, cada uma delas, em tópicos separados, por razões puramente didáticas.

241. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 384.

Constata-se, de plano, que a tipificação do crime de *advocacia administrativa*, no âmbito licitatório, é bem mais complexa que a daquele genérico, previsto em nosso diploma codificado. Em outros termos, para a sua configuração, é insuficiente que determinado funcionário público, valendo-se de sua condição funcional, patrocine interesse privado no âmbito de entidade pública, encarregada de um procedimento licitatório; é necessário muito mais que isso, ou seja: exige o tipo penal que a conduta incriminada (patrocinar interesse privado) dê “causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato”, ou seja, é indispensável que a instauração da licitação ou a celebração de contrato tenham sido causadas diretamente pela conduta do agente. Mais que isso, significa dizer que a *advocacia administrativa*, neste âmbito, não se exerce sobre licitação em andamento, e nem mesmo em licitação que tenha sido iniciada sem a ação do agente. Da mesma forma ocorre com a hipótese de celebração de contrato, que, necessariamente, deve decorrer da ação incriminada do funcionário público. Por isso, *venia concessa*, é absolutamente equivocado o seguinte exemplo citado por Cretella Júnior: “Se o funcionário, prevalecendo do seu *status*, dá preferência em uma licitação pública, a uma das partes, que não ofereceu o menor preço ou melhor serviço, temos aqui a *advocacia administrativa*”²⁴². Constata-se que, nesse exemplo, o funcionário público, com sua ação, não deu “causa à instauração da licitação”, pois ela já estava em andamento, e tampouco o exemplo mencionou que a mesma foi anulada por decisão judicial.

Embora pareça um pouco paradoxal, essa é a única interpretação que se pode tirar do presente texto legal. Constata-se que estamos diante de um crime *material vinculado*, ou seja, para sua tipificação é indispensável que a ação do agente – *patrocinar interesse privado* – seja o móvel gerador da instauração da licitação ou da celebração de contrato, numa relação de causa e efeito. Em outros termos, ainda que tenha havido a atuação do agente, valendo-se de sua condição de funcionário, se sua ação não foi determinante na instauração da licitação ou da celebração do contrato, ela não se revestirá da tipicidade aqui descrita.

Assim, nesses termos, ainda que se trate de funcionário público, *patrocinando* interesse privado perante pessoa jurídica de direito público, responsável por determinada contratação pública, valendo-se de sua condição funcional, mas dita conduta será atípica se não der *causa à instauração de licitação e tampouco de celebração de contrato*. Ou seja, quando outras razões determinarem a *instauração do procedimento licitatório* ou a celebração de contrato, não terá sido, por consequência, determinante a conduta do agente para a produção de tais resultados. Não há, na verdade, a indispensável relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado, qual seja, a instauração de licitação ou celebração de contrato; e, como se trata de *elementares normativas do tipo*, a ausência de suas ocorrências (de uma ou de outra) impede a configuração típica.

4.2. Invalidação de licitação ou de contrato decretada pelo Poder Judiciário

Ainda que a conduta tipificada tenha se realizado nas condições que destacamos acima, inclusive “dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato”, a adequação típica dessa *advocacia administrativa especial* continua incompleta. Com

242. José Cretella Júnior, *Das licitações públicas*, p. 414.

efeito, esse tipo penal, tal como foi estruturado, exige ainda, simultaneamente, uma espécie *sui generis*²⁴³ de “condição objetiva de punibilidade”, qual seja: “*cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário*”. No entanto, não se pode esquecer que se trata de uma *elementar típica*, e como tal deve ser examinada. Sem a *invalidação decretada pelo Poder Judiciário*, não se pode falar em “crime de advocacia administrativa especial” e muito menos em ação penal decorrente desse crime. A exigência dessa decisão judicial, contudo, tem recebido de setores significativos da doutrina especializada a interpretação de que se trata de “condição objetiva de punibilidade”, a nosso juízo, equivocadamente.

Para Guilherme Nucci, “a invalidação, por óbvio, depende de terceiro, fora da alçada do agente e, justamente por tal razão, é uma *condição objetiva de punibilidade*. O mesmo se dá, por comparação, no contexto dos crimes *falimentares*, em que a sentença²⁴⁴, decretando a falência, é condição para a punição do agente, embora não dependa deste, mas de terceira parte, no caso, do Judiciário”²⁴⁵ (grifamos). Referindo-se à necessidade da *invalidação judicial*, Tavares de Freitas conclui: “Antes da satisfação dessa condição, o agente já terá praticado esse crime, porém, não poderá ser punido enquanto não observada a condição. Por conseguinte, entendemos que é *condição objetiva de punibilidade* a futura e eventual invalidação a ser decretada pelo Poder Judiciário”²⁴⁶ (grifamos).

Diversamente se manifestam, no entanto, outros penalistas, tais como Vicente Greco Filho, para quem: “Na hipótese do crime comentado, o evento futuro, invalidação pelo Poder Judiciário, está expresso no tipo, de modo que é dele elemento, não se podendo reduzi-lo a mera condição de punibilidade. Se esse fato é elemento do tipo, estará consumada a infração somente quando ele ocorrer, com sentença transitada em julgado...”²⁴⁷. Paulo José da Costa Jr., igualmente, a despeito de Tavares de Freitas atribuir-lhe outro entendimento, sustenta, *in verbis*: “A sentença judicial, invalidando uma ou outra, vale dizer, anulando a licitação instaurada ou o contrato celebrado, é um *præius* com relação à apuração do ilícito descrito no presente tipo. Um seu pressuposto indispensável, elemento integrante do tipo”²⁴⁸.

A solução dessa desinteligência sobre a natureza jurídica da *elementar normativa* do tipo – *cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário* – somente poderá ser encontrada através do exame dogmático e hermenêutico da estrutura do tipo penal *sub examen*.

243. Com esta expressão estamos indicando, desde logo, que não se trata de *condição objetiva de punibilidade*, ao contrário de alguns entendimentos, que refutaremos logo adiante.

244. Guilherme de Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 3. ed., p. 819.

245. São coisas completamente diferentes, neste exemplo da Lei de Falências, a sentença que a decreta está fora do tipo penal, aliás, em outro artigo (art. 180), e, ainda, define-a expressamente como tal. A comparação, portanto, é absolutamente equivocada.

246. André Guilherme Tavares de Freitas, *Crimes na lei de licitações*, p. 115. Na mesma linha é o entendimento de Diógenes Gasparini, *Crimes na licitação*, p. 110.

247. Vicente Greco Filho, *Dos crimes da lei de licitações*, 2. ed., p. 83.

248. Paulo José da Costa Jr., *Direito penal das licitações*, p. 32.

A interpretação de que se trata de condição objetiva de punibilidade, *venia concessa*, não se sustenta, pois ignora fundamentos básicos da teoria geral do delito, especialmente a estrutura do tipo penal e seus elementos constitutivos, os quais devem ser completamente abrangidos pelo dolo do agente. Com efeito, as condições objetivas de punibilidade são alheias à estrutura do crime, isto é, não o integram e, por conseguinte, não são objetos do dolo ou da culpa²⁴⁹. Elementares constitutivas da descrição típica – como a que estamos examinando – não são condições objetivas de punibilidade e tampouco podem ser como tais consideradas, pois, como elementares típicas, devem ser, necessariamente, abrangidas pelo dolo ou pela culpa, sob pena de autêntica responsabilidade penal objetiva. As condições objetivas de punibilidade, por sua vez, são exteriores à ação, isto é, não integram a descrição da conduta típica, mas delas depende a punibilidade do crime, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência)²⁵⁰. Aliás, exemplo disso é exatamente a sentença declaratória da falência, que é absolutamente diferente da elementar que ora se examina, pois é exterior à descrição do tipo penal, localizando-se, em apartado, no art. 180 da Lei de Falências.

Consequentemente, os entendimentos adotados por Vicente Greco Filho e Paulo José da Costa Jr., por nós antes destacados, ainda que sucintos, são dogmaticamente incensuráveis. Na verdade, essa *elementar normativa* – invalidação decretada pelo Poder Judiciário –, como integrante do tipo penal, deve ser, necessariamente, abrangida pelo dolo do agente, sob pena de não se configurar *subjetivamente* o tipo penal. A eventual dificuldade de o agente, no momento da ação, ter *consciência* da configuração dessa elementar não é fundamento idôneo para afastá-la de sua verdadeira função dogmática. A utilização de péssima técnica legislativa, responsável por dificultar a adequação típica de alguma conduta, *in concreto*, não autoriza interpretação equivocada, infundada e dogmaticamente insustentável na tentativa de salvar o texto legal. É inadmissível sacrificar os fundamentos dogmáticos para tentar suprir ou salvar a ignorância do legislador que, praticamente, inviabiliza a tipificação de alguma conduta correspondente a esse dispositivo legal, como pretende, por exemplo, Tavares de Freitas²⁵¹.

Por fim, a *inadequação típica* da conduta humana, por não satisfazer alguma elementar, não autoriza sua desclassificação para a *advocacia administrativa* prevista no art. 321 do CP, ao contrário do entendimento de alguns pensadores²⁵². Sem nos alongarmos, *venia concessa*, dois fundamentos básicos impedem que se adote essa

249. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, 11. ed., v. 2, p. 126-127. Veja, nesse sentido, nosso entendimento sobre a natureza jurídica da morte e das lesões corporais graves no crime descrito no art. 122 do CP.

250. Para aprofundar o estudo sobre as condições objetivas de punibilidade, ver Walter Barbosa Bittar, *Condições objetivas de punibilidade e causas pessoais de exclusão de pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

251. André Guilherme Tavares de Freitas, *Crimes na lei de licitações*, p. 115-116.

252. Diógenes Gasparini, *Crimes na licitação*, p. 109; Vicente Greco Filho, *Dos crimes da lei de licitações*, 2. ed., p. 80.

orientação: em primeiro lugar, a previsão constante do art. 321 do CP *não constitui crime subsidiário*, como se fora um soldado de reserva; em segundo lugar, não se pode ignorar que o *princípio da especialidade* afasta, por completo – e não apenas condicionalmente –, a aplicação daquela previsão geral constante no dispositivo do Código Penal. Na verdade, esse princípio afasta a aplicação do Código Penal, pois, no âmbito licitatório, somente a conduta que satisfizer as elementares constante do art. 91, que ora examinamos, será criminosa. Em outros termos, as normas incriminadoras do Código Penal são inaplicáveis nos *crimes licitatórios*, sob pena de violentar inexoravelmente o *conflito aparente de normas*.

5. Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído de um *elemento geral – dolo –*, que, por vezes, é acompanhado de *elementos especiais – intenções e tendências –*, que são *elementos acidentais*, conhecidos como elementos subjetivos especiais do injusto ou do tipo penal. Os *elementos subjetivos* que compõem a estrutura do tipo penal assumem transcendental importância na definição da conduta típica, pois é através do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a *atividade comportamental* do agente.

O elemento subjetivo da conduta descrita no art. 91 da Lei de Licitações é o dolo, constituído pela vontade consciente de patrocinar interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se o agente de sua condição de funcionário público. É desnecessário que o agente vise vantagem pessoal ou aja por interesse ou sentimento pessoal, basta que o faça consciente de estar defendendo interesse privado perante o Poder Público. É necessário, ademais, que a *vontade consciente* abranja todos os elementos constitutivos do tipo, independentemente de sua natureza ou função dogmática. É indispensável que o agente tenha *consciência* de que com sua ação estará dando causa à instauração de licitação ou à celebração do contrato respectivo. Em outros termos, a *ação de patrocinar interesse privado* perante a Administração Pública deve ser praticada consciente e voluntariamente pelo sujeito ativo, isto é, conhecendo todos os elementos constitutivos do tipo penal. O dolo, puramente natural, constitui o elemento central do injusto pessoal da ação, representado pela vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo.

A complexidade estrutural deste tipo penal exige, de certa forma, uma espécie de exercício de futurologia para que o agente possa ter *consciência* da decretação da invalidade, pelo Poder Judiciário, da instauração da licitação ou mesmo da celebração do contrato. A inegável dificuldade operacional da concretização desse conhecimento do agente não autoriza sua dispensa, sob pena de consagrar-se autêntica responsabilidade penal objetiva. Com efeito, a *previsão*, isto é, a *consciência*, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo penal, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos. Enfim, a *consciência* (previsão ou representação) abrange a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto e dos elementos acidentais do tipo objetivo. Por isso, quando o *processo intelectual volitivo* não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o *dolo* não se aperfeiçoa, isto é, não se completa.

Finalmente, não há previsão de modalidade culposa, como a imensa maioria, quase totalidade, dos crimes contra a Administração Pública.

5.1. (Des)necessidade de elemento subjetivo especial do injusto

Não se vislumbra nas elementares objetivas e subjetivas constantes do art. 91 da lei extravagante a exigência do denominado *elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto* (segundo a terminologia dominante). Contudo, segundo Rui Stoco²⁵³ e Vicente Greco Filho²⁵⁴, pode-se vislumbrar a presença do *elemento subjetivo especial de concorrer para a ilegalidade com o fim de celebrar contrato com o Poder Público*.

No entanto, preferimos interpretar essa elementar como se fora uma espécie *sui generis de condição objetiva de punibilidade* (a despeito de integrar, como elementar, o tipo penal)²⁵⁵, pois consideramos que a conduta incriminada *somente se consuma com a efetiva contratação* do agente com o Poder Público, embora reconheçamos ser bem razoável a interpretação de Greco e Stoco. Na verdade, concebemos essa infração penal como *crime material*, que somente se consuma com a efetiva contratação pública, e, se for considerada aquela elementar, como *elemento subjetivo especial do injusto*, essa concretização seria desnecessária, pois bastaria que integrasse a finalidade pretendida pelo agente.

As elementares subjetivadoras especiais – configuradoras do *especial fim de agir* – são, normalmente, representadas por expressões, tais como, “a fim de”, “para o fim de”, “com a finalidade de”, “para si ou para outrem”, “com o fim de obter”, “em proveito próprio ou alheio”, entre outras, indicadoras de uma finalidade transcendente, além do dolo natural configurador do tipo subjetivo.

Com efeito, pode figurar nos tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. Na realidade, o *especial fim* ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo. O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a *ilicitude* do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo do tipo* de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injusto*, que se equivalem, porque pertencem, ao mesmo tempo, à *ilicitude* e ao tipo que a ela corresponde.

6. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *advocacia administrativa* com a realização do primeiro ato que caracterize o patrocínio, ou seja, com a prática de um ato inequívoco de patrocinar

253. Rui Stoco, *Leis penais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., v. 3, p. 2560.

254. Vicente Greco Filho, *Dos crimes da lei de licitações*, 2. ed., p. 63.

255. Embora, como demonstramos acima, não se trata de condição objetiva de punibilidade, mas de verdadeira elementar típica que precisa ser abrangida pelo dolo, ao contrário das verdadeiras condições objetivas de punibilidade.

interesse privado perante a Administração Pública, sendo – ao contrário da figura similar do Código Penal – indispensável o sucesso do patrocínio, ou seja, dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação venha a ser decretada pelo Poder Judiciário. Não é necessário, contudo, que o funcionário público atue como verdadeiro patrono do indivíduo, pois advogado não é, e tampouco é necessária a existência de contrato ou instrumento de mandato para caracterizar a conduta incriminada.

A *tentativa* é admissível, embora de difícil ocorrência. Como se trata de crime material, se não ocorrer o resultado do patrocínio, ou seja, dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação venha a ser decretada pelo Poder Judiciário, o crime será tentado.

7. Classificação doutrinária

Trata-se de *crime próprio* (que exige qualidade ou condição especial do sujeito ativo, no caso, que seja *funcionário público*, sendo, portanto, *crime funcional*); *material* (consuma-se somente se causar a instauração de licitação ou celebração de contrato, cuja invalidação venha a ser decretada pelo Poder Judiciário, ao contrário do crime de advocacia administrativa prevista pelo Código Penal, que é *formal* e, conseqüentemente, não exige resultado naturalístico para sua consumação); *de forma livre* (que pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente); *instantâneo* (não há demora entre a ação e o resultado); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um agente apenas); *plurissubsistente* (crime que, em regra, pode ser praticado com mais de um ato, admitindo, em consequência, fracionamento em sua execução).

8. Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de seis meses a dois anos de detenção e multa, não havendo figura qualificada, ao contrário da previsão similar do Código Penal (art. 321), que considera qualificado o crime se o *interesse for ilegítimo*. Constata-se, como frequentemente ocorre na legislação extravagante, promulgada após a redemocratização do País, que há uma *desproporcional exacerbação punitiva*: na figura do Código Penal a pena cominada, alternativamente, é de três meses a um ano de detenção, ou multa; para a figura qualificada – quando o interesse é ilegítimo – a cominação é cumulativa, mas, ainda assim, detenção de três meses a um ano e multa.

Na nossa ótica, não se aplica a este crime a majorante prevista no art. 84, § 2^o⁵⁶, pela condição de funcionário público do sujeito ativo. E a razão é simples: qualquer outro sujeito que não reúna a qualidade ou condição de funcionário público poderia ser autor desta infração penal? Não, a qualidade de funcionário público é condição

256. “A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.”

essencial para a prática do crime de advocacia administrativa; logo, trata-se de pressuposto do crime, sem o qual a adequação típica não se materializa. Portanto, sustentar a aplicação da referida majorante significa punir duas vezes pelo mesmo fato, pois essa condição já foi valorada na definição do tipo penal e na sua respectiva cominação. Sustentar diferentemente significa fechar os olhos para o *bis in idem*, inadmissível em direito penal da culpabilidade.

A ação penal é pública incondicionada, a exemplo do crime similar previsto no Código Penal (art. 321), sendo desnecessária qualquer manifestação do ofendido ou seu representante legal. Por outro lado, também aqui se trata de infração penal de menor potencial *ofensivo*, sendo da competência do Juizado Especial Criminal.