



**UNIVERSIDADE
FEDERAL DO CEARÁ**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

LEONARDO DE OLIVEIRA SANTANA

**DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DO TIPO PENAL ABERTO DO
ARTIGO 96,I DA LEI 8.666/93**

FORTALEZA

2014

LEONARDO DE OLIVEIRA SANTANA

DESRESPEITO AO PRINCIPIO DA LEGALIDADE DO TIPO PENAL ABERTO DO
ARTIGO 96, I DA LEI 8.666/93

Monografia apresentada à disciplina de Monografia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof^o Msc, Michel Mascarenhas Silva.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S232d Santana, Leonardo de Oliveira.
Desrespeito ao princípio da legalidade do tipo penal aberto do artigo 96, I da lei 8.666/93 /
Leonardo de Oliveira Santana. – 2014.
62 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Penal.
Orientação: Prof. Me. Michel Mascarenhas Silva.
1. Licitação pública - Brasil. 2. Legalidade (Direito). 3. Fraude - Brasil. I. Silva, Michel
Mascarenhas (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

LEONARDO DE OLIVEIRA SANTANA

DESRESPEITO AO PRINCIPIO DA LEGALIDADE DO TIPO PENAL ABERTO DO
ARTIGO 96,I DA LEI 8.666/93

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof^o Msc. Michel Mascarenhas Silva (Orientador)
Universidade Federal do Ceará
Mestre

.....
Prof^o Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará
Especialista

.....
Romana Missiane Diógenes Lima
Universidade Federal do Ceará
Mestranda

Dedico esta conquista a minha família, e não poderia deixar de dedicá-la especialmente à minha Esposa Priscila Timbó, pela sua dedicação e empenho irrestrito, sem a sua colaboração não teria conseguido concluir o presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus;

A meu orientador, professor Mestre Michel Mascarenhas Silva, por acreditar, neste trabalho e com sua dedicação e esforço fez com que pudéssemos alcançar nossos objetivos.

Aos meus pais, e à minha família como um todo;

Aos meus amigos.

“A morte do homem começa, quando ele desiste de aprender”.

Albino Teixeira

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a problemática do tipo penal aberto na Lei 8.666/93. Para lograr tal êxito serão analisados os elementos que compõe a base do estudo, como a análise do tipo penal aberto, do instituto da licitação, e de outros aspectos basilares. Prosseguindo com o pensamento será estudado o artigo 96 da referida Lei, podendo assim compreender a formação da problemática proposta. Em seguida será examinado o posicionamento de órgãos de controle e do Poder Judiciário, e as críticas fundamentais para o avanço do estudo. Posteriormente encerrando toda a análise e conseqüentemente o trabalho será apresentado meios que possam vim a solucionar a problemática apresentada pela presente pesquisa.

Palavras-Chaves: Tipo penal aberto. Lei 8.666/93. Fraudes à Licitações.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the problems of the open criminal offense in Law 8,666 / 93. To achieve such success the elements that make up the basis of the study, as analysis of the open criminal type, the institute's bidding, and other basic aspects will be analyzed. Continuing with the thought Article 96 of the said Act will be studied, thus being able to understand the formation of problematic proposal. Then be examined positioning control agencies and the judiciary, and fundamental critical to the advancement of the study. Later waxed all the analysis and therefore the work will be presented means that they can come to solve the problems presented by this research.

Key Words: Type open. Criminal Law 8,666 / 93. Fraud for Bids

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL ABERTO	14
2.1	Conceituação e Aspectos Relevantes	14
2.2	A relação com o Princípio da Legalidade	21
2.3	Diferenciação em relação às normas penais em branco	23
3	DIREITO PENAL CRIMINALIZADOR NA LEI DE LICITAÇÕES	26
3.1	Licitação Pública: Abordagem conceitual e histórica	26
3.2	Análise do artigo 96 da Lei Licitatória	27
3.3	Dificuldades na interpretação do artigo 96,I da lei 8.666/93	37
	<i>3.3.1 Abordagem objetiva</i>	<i>42</i>
	<i>3.3.2 Abordagem Subjetiva</i>	<i>46</i>
	<i>3.3.3 Abordagem Circunstancial</i>	<i>47</i>
3.4	Posicionamento dos Tribunais de Contas e do Judiciário	50
	<i>3.4.1 Compreensão da expressão “elevação”, segundo os tribunais</i>	<i>51</i>
	<i>3.4.2 O Valor de Mercado como critério de aferição de elevação de preço</i>	<i>52</i>
	<i>3.4.3 O Termo “Arbitrariamente”</i>	<i>54</i>
4	POSSIVEL MEIO SOLUCIONADOR PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 96 DA LEI DE LICITAÇÕES: MODIFICAÇÃO DO TIPO PENAL EM ABERTO EM NORMA PENAL EM BRANCO	58
5	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce de indagações jurídicas decorrentes da atividade diária de Perito Criminal Federal. Quase a totalidade das demandas de perícia na área de engenharia civil envolvem o questionamento acerca dos preços praticados em um contrato administrativo, mais precisamente se esse preço está ou não de acordo ao valor de mercado.

A primeira indagação que surge é quanto ao porquê da autoridade policial elaborar esse questionamento, qual o crime no qual ele deseja enquadrar o agente que pratica preços acima do valor de mercado. O artigo 96,I da lei 8.666/93 é a principal opção, apesar da doutrina não concordar com sua aplicação em contratos decorrente de serviços de engenharia. Mas ainda que o enquadramento penal escolhido pela autoridade seja diverso do artigo 96,I da lei 8.666, surge a questão sobre o que seria exatamente o valor de mercado, se seria possível determinar um único valor como sendo esse denominado valor de mercado.

Os órgãos de controle há algum tempo elaboraram tabelas contendo preços tidos como valor de mercado para uma infinidades de mercadorias e serviços. No dia a dia do trabalho como Perito Criminal Federal da área de Engenharia Civil, se realiza consultas a essas tabelas, e em função dessas consultas é que se responde ao questionamento se a mercadoria ou serviço está de acordo com o valor de mercado. É em função da resposta do perito a esse questionamento que a autoridade irá relatar o inquérito afirmando que houve superfaturamento e conseqüentemente a ocorrência do crime previsto no artigo 96, I da lei 8.666/93.

Mas a questão jurídica que se impõe é: o particular tem a obrigação de respeitar os valores presentes nessas tabelas utilizadas pelos órgãos policiais? Onde se encontra na lei penal essa obrigação? Esses questionamentos levam a indagação se não há ofensa ao princípio da legalidade no enquadramento da conduta de praticar preços acima do denominado valor de mercado

Para tentar responder esses questionamentos, no primeiro capítulo será analisado o tipo penal em aberto, englobando a sua conceituação e a problemática que o envolve, caracterizada pela quase natural ofensa ao princípio da legalidade. Além disso, serão apresentada conceituações importantes acerca do tipo penal em branco. Esses dois temas basilares para a compreensão do assunto, o primeiro por caracterizar o problemático objeto de

estudo e o segundo por compreender um possível meio solucionador, formulado pela previsão do primeiro na Lei Licitação, como será demonstrado pelo presente estudo.

Prosseguindo com a análise, será realizada uma breve exposição da conceituação e análise histórica do instituto da Licitação, já que esta é núcleo da Lei 8.666/93, sendo imprescindível sua compreensão, para que a problemática seja apresentada e compreendida corretamente.

Após essa análise será demonstrada a casuística que motivou a presente pesquisa, sendo apresentada uma análise do artigo 96 da Lei Licitação. Através desse estudo será possível compreender por que o referido artigo é caracterizado por tipo penal em aberto. Em uma breve exposição pode-se adiantar que este artigo é caracterizado por uma imensa quantidade de falhas técnicas, que inicia com a coincidência com o artigo 90 da referida lei, e prossegue até graus de abertura de tão grandes dimensões que chegam a instigar a doutrina a aduzir a sua inconstitucionalidade.

Em seguida a problemática em si será apresentada, consistindo no imenso grau de abertura designada ao inciso I do artigo 96 da Lei 8.666/93, caracterizado pelas expressões “elevantar” e “arbitrariamente”, ambas revestidas de subjetividade, o que induz severas críticas. Nesse contexto será analisado o posicionamento dos órgãos de controle, bem como do judiciário.

Objetivando uma justa e real análise, serão apresentadas as críticas necessárias a esses posicionamentos dos tribunais. Elencando, ao fim, um possível meio solucionador, que consistirá na modificação do tipo penal e aberto, localizado no artigo 96 da Lei 8.666/93, em uma norma penal em branco, ou seja, aquele tipo que antes não estabeleceria nenhum patamar para sua caracterização passa a informar legalmente um referencial, para a conduta delituosa. Com essa proposta será encerrada a presente pesquisa.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL ABERTO

A análise do tipo penal aberto consiste na base da presente pesquisa, que se iniciará com o estudo da conceituação dos tipos penais e encerrando com a compreensão do caráter em aberto dos tipos penais. Inicialmente, compreendendo o conceito de tipos penais pode-se conceitua-los como um meio legal necessário para enquadramento das condutas delituosas.

Diante da necessidade de exteriorização da descrição legal, o legislador encontrou o tipo penal como meio adequado. Todavia essa não consiste na única função dos tipos penais, pois além dessa função, exercem outras funções como a de garantia, de fundamentação de ilicitude e função sistematizadora, todas bastante delineadas.

Prosseguindo com a análise é possível verificar a dicotomia existente entre os tipos penais fechados e abertos, aqueles marcados por uma descrição minuciosa das condutas delituosas, trazendo consigo a descrição completa da conduta incriminadora, já estes se caracterizam pela necessidade de complementação, onde será necessária a forte atuação do judiciário.

Essa característica dos tipos penais em aberto representa grande problemática para a seara jurídica, pois em muitos momentos se contrapõe ao princípio da legalidade, que representa pedra angular do direito pátrio. Todavia a análise histórica permite concluir que a abertura assegurada aos tipos penais é meio necessário e eficiente para a coibição de inúmeras condutas que o legislador não conseguiria descrever.

Por fim é necessário frisar que a divisão apresentada entre tipos penais abertos e fechados não consiste em uma divisão rígida, podendo afirmar que diante da limitação humana que reveste o legislador, os tipos penais serão marcados por um determinado grau de abertura, cabendo ao interprete identifica-lo no tipo em análise.

2.1 Conceituação e Aspectos Relevantes

Para lograr êxito no objetivo do estudo é necessário compreender com segurança o instrumento que compõe o núcleo da pesquisa. Assim inicialmente é preciso visualizar o conceito de tipo penal, o que permitirá atinar no que consiste a divisão em tipo penal fechado

e aberto. Nas precisas palavras de Zaffaroni, "o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva." (2001, p. 43).

É necessário fazer uma breve consideração em relação a divisão doutrinária existente entre tipo e tipicidade. Aquele se refere a uma hipótese penal abstrata, prevista em uma fórmula legal, já tipicidade consiste nas condutas que se adequarão ao tipo penal, como descrito por Mirabete "é a adequação perfeita entre o fato natural concreto, e a descrição contida na lei".(2003, p.115).

A doutrina entende de forma unânime que o conceito de tipicidade deve ser estabelecido entre a realidade e a previsão legal, como defendido por Bitencourt que ensina que esta deve ser "a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstrata descrita na lei penal".(2006, p. 324). Nesse mesmo sentido Dotti, ensina que "tipicidade é a adequação do fato humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora" (2011, p. 311)

Importante apresentar os ensinamentos de Santos, que esclarece que:

O conceito de tipo, introduzido por BELING na dogmática penal, pode ser definido de três diferentes pontos de vista: a) como tipo legal constitui a descrição do comportamento proibido, com todas suas características(..); b) como tipo de injusto representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (..) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (..); c) como tipo de garantia (...) realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CR), expressa na fórmula *nullum crimen, nulla poenasine lege*, e compreende todos os pressupostos da punibilidade: além dos caracteres do tipo de injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais.(2005, p.33)

Os estudiosos do tema ao conceitua-lo dividiram-se em dois grupos, ambos com relevantes adeptos. Um deles defendendo que o tipo penal seria, em suma, descrição de condutas e o outro elencando o tipo penal como conjunto de caracteres especificadores do injusto.

Dentre os defensores da primeira concepção é encontrado Bitencourt, Marques, Zaffaroni e Nucci dentre tantos grandes doutrinadores adeptos dessa referida concepção.

Demonstrando a sua colocação, Bitencourt assevera que o tipo penal será compreendido por um modelo descritivo de condutas proibidas. (2006, p.322). Nesse mesmo sentido Marques assevera que “quando há referências a fato típico, menciona-se a conduta que, (...), constitui o primeiro elemento do tipo.(1956, p. 46). Por fim, para concluir a exposição dos posicionamentos dos adeptos é válido trazer a baila os ensinamentos de Zaffaroni, onde elenca que “ o tipo penal é um instrumento legal necessário e de natureza predominante descritiva”(2006, p. 381)

A segunda concepção foi inicialmente desenvolvida por Mezger, defendendo que o tipo penal seria os caracteres que iriam especificar o injusto. Posteriormente o mesmo entendimento passou a ser seguido por outros doutrinadores, como Mir Puiq, que assevera com maestria que “o tipo penal não equivale à hipótese de fato anti jurídico, não equivale à hipótese ao fato antijurídica completo, mas apenas o que há específico em uma classe de injusto” (2007, p. 127)

Através da breve análise, ora proposta, é possível verificar que os entendimentos supracitados, todavia, não caracterizam conceitos antagônicos, podendo ser complementados. Sendo o primeiro conceito uma oposição entre fato e lei, e o segundo buscando também realizar uma oposição, propõe que esta ocorra internamente. A utilização das duas concepções é válida, se demonstrando útil e necessária para uma evolução da ciência jurídica na esfera criminal.

Em sua exteriorização, os tipos penais também foram classificados em dois grandes grupos, os legais e judiciais. Onde os primeiros terão suas condutas previstas em lei, e o segundo pelo Judiciário. Em face do princípio da legalidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos optou por utilizarem de tipos penais legais, como ocorre no Brasil, todavia é necessário frisar que não existe predominância absoluta de apenas um tipo.

Dentro do injusto penal, o tipo exercerá três funções bastante delineadas, sendo elas a função de garantia, função de fundamentação de ilicitude e função sistematizadora.

Iniciando a explanação sobre o tema, o mestre FRAGOSO, ensina que:

É mais ou menos generalizado o entendimento de que ao tipo corresponde, basicamente, uma dupla função: a de garantia e a de fundamentação do fato punível. Por um lado, o tipo limita o poder punitivo do Estado, introduzindo um elemento de segurança na justiça punitiva e excluindo o arbítrio, pois toda ilicitude penal só pode ser ilicitude típica. (...). Por outro lado, o tipo fundamenta a ilicitude penal,

constituindo o esquema a que deve ajustar-se a antijuridicidade (tipo de ilícito), funcionando como indício ou como expressão da mesma.(1961, p.131)

Todavia o ilustre mestre se omite quanto à função sistematizadora, que compõe a terceira função, representando ponto importante sobre o tema, como será demonstrado nesse presente tópico.

A primeira função, denominada função garantia, é relacionada diretamente à segurança jurídica, compreendendo que só deverá haver punição da conduta delituosa quando esta se enquadrar nos corretos contornos da tipicidade, assegurando assim segurança aos cidadãos, que somente serão punidos por condutas tipificadas legalmente. Nesse sentido Vagas enuncia “ao lado dos tipos penais e fora deles não existe nenhuma conduta punível: é a sua primeira e principal função, a de garantia, que os sistemas penais democráticos e contemporâneos asseguram ao cidadão.” (1993, p. 93)

Para a efetividade dessa função os tipos penais devem ser revestidos de clareza e precisão assegurando a certeza semântica. Sobre as possíveis formas de ofensa dessa função, Batista cita os seguintes exemplos: tipificações abertas, onde se refere aos crimes omissivos e culposos, a ocultações do núcleo do tipo penal, e por fim lembra-se dos elementos normativos, que se revestem os tipos penais de abstração. (1999, p 81)

Rouxin observa que a função ora em estudo traduz-se em um significado político criminal, asseverando que:

Junto a su significado sistemático está el significado político criminal del tipo, que radica en su „función de garantía” requerida por el art. 103 II GG. Sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo ao principio „nullum crimen sone lege.” (1979, p. 277)

Em suma pode-se afirmar que a função garantia presente nos tipos penais é de grande importância para o equilíbrio político criminal na sociedade, onde somente poderá se exteriorizar se o legislador utilizar corretamente as técnicas legislativas.

Posteriormente a função supracitada, é vista a função sistematizadora, onde conceituada por Roxin é descrita como “conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata”.(1979, p. 277)

O argumento que conduz a existência desta função é a proteção e valoração dos bens jurídicos, sob este manto é possível integralizar a parte geral e especial do ordenamento jurídico.

A opinião de Echandia, que sistematiza a argumentação ora apresentada, como “*a tajante separación existente aún entre la parte general y la parte especial; gracias a ella es posible a hora lograr una verdadera sistematización de la parte especial del derecho penal.*”(1999, p. 16)

Por fim é vista a função de fundamentação de ilicitude, que assegura que a figura típica deve determinar o conhecimento da conduta proibitiva. A correta utilização dessa função é o que irá legitimar a teoria do delito que prevê a tutela de bens jurídicos. O alcance dessa função é visto desde Beling quando enunciou o seu tipo meramente descritivo, estendendo-se até a teoria *ratio essendi*.

Finalizando a breve enunciação desta teoria é imperioso trazer a baila, a argumentação de um dos primeiros estudiosos desta função, Wolf, que enuncia que:

debe reputarse a Erik Wolf como él más genuino representante de esta tendencia. Ya en 1929 decía el Profesor de la Universidad de Friburgo que la tipicidad de Beling sirve de puente de comunicación entre la 'teoría general' y la 'parte especial'.(1989. p. 928)

Iniciando a explanação da dicotomia entre os tipos penais abertos e fechados pode-se afirmar que esses podem ser compreendidos como aqueles que trazem consigo a descrição completa da conduta incriminadora. Nessa esteira é possível citar Mirabete e Fabbrini que conceitua tipo penal fechado como aquele que a “tipicidade indica a antijuricidade sem nenhuma ressalva”. (2007, p. 103)

Em contraposição surge o tipo penal em aberto, caracterizado pela existência de lacunas que serão supridas pelo Poder Judiciário, onde a lei deduz de forma parcial o conteúdo que será tipo como injusto, cabendo ao magistrado complementar o tipo penal, por intermédio de um juízo de valor, que ocorrerá mediante as circunstâncias, formulando assim uma total insegurança.

Portanto, os tipos penais em aberto são descrições de modelos de condutas previstas incompletamente, onde o intérprete é o responsável pela complementação, respeitando apenas as indicações que o tipo propõe. Nesse sentido Nucci esclarece que tipo penal aberto

dependerá sempre de uma interpretação do juiz para ser compreendido e aplicado. (2008, p. 89)

A previsão de tipos penais em aberto configuram dúvidas e incertezas jurídicas, gerando tipos incriminadores genéricos e em muitos momentos vazios, sendo esse o grande motivador da preocupação doutrinária. Sobre esse anseio o professor Prado, estabelece que se deva “evitar o arbítrio judicial através da certeza da lei, com a proibição de utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos.”(2005, p. 27).

Em face da necessidade de segurança jurídica, o ordenamento pátrio possui maior previsibilidade de tipos penais fechados, que trazem em sua fórmula maior descrição da conduta delituosa, não tendo a necessidade de recorrer a elementos que não foram fornecidos pela lei.

Todavia, mesmo diante de todos esses fatores é necessário esclarecer que os tipos penais em aberto são necessários para o ordenamento jurídico, em face da impossibilidade do legislador conseguir descrever todas as condutas puníveis, entretanto, ele passa a ser prejudicial a partir do momento em que não consegue delimitar a conduta proibida, passando a ofender ao princípio da legalidade, e criar margens para a infringência da norma legal.

Em importante esclarecimento da necessidade e dos cuidados com os tipos penais em aberto, Bitencourt esclarece o seguinte:

Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com descrição com precisão as condutas proibitivas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravames censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas de outro lado, além do que a indeterminação será inconstitucional. (2006, p. 15)

É imperioso o afastamento dos tipos penais em aberto em face da sua insegurança e instabilidade jurídica que chega até mesmo à afrontar o princípio da legalidade, que compõe a base do ordenamento jurídico pátrio, como será demonstrado posteriormente, mesmo diante de sua necessidade, que é demonstrada através de seu surgimento, que iniciou-se com Welzel, que constatando as figuras de condutas delituosas culposas, utilizou os tipos penais abertos

como dever cuidado para esses crimes, bem como também uma maneira de garantir os crimes comissivos por omissão, caracterizando uma indeterminação tópica.

A partir da introdução formulada pelo jurista, a doutrina iniciou o estudo sobre o tema. Tendo a evolução da teoria do tipo, também, permitido avanços consideráveis no estudo sobre o tema.

Essa evolução se deve a centralização na conduta humana proposta pela teoria do tipo, onde este passou a ser visto como descrição das condutas sendo nesse contexto que o tipo penal aberto passou a ser referencial de indeterminação.

Hoje os tipos penais abertos, representam uma obrigação prática que mesmo não consistindo um meio ideal, torna-se necessário em face da impossibilidade do legislador poder descrever todas as condutas delituosas o que corresponderia uma verdadeira utopia.

Apresentado a diferenciação entre os tipos penais é necessário esclarecer que os tipos penais possuem dois limites extremos e antagônicos, que consistem em um total fechamento, ou a ausência de limites. Ambos representam inconsistência com a realidade, ou seja, nenhum tipo penal pode ser totalmente aberto, nem tão pouco completamente fechado, o que torna possível afirmar que todos os tipos penais devem estar inseridos no entremeio desses limites, caracterizados por possuírem relativamente um grau de abertura.

Dessa primeira análise enunciada pode-se anunciar a seguinte conclusão, o grau de abertura consiste em uma questão de quantidade, e não da qualidade, pois todos os tipos penais possuem um grau de abertura, sendo que o que irá diferenciar será a quantidade dessa característica.

Diante dessa análise, é necessário afirmar que o estudo de um tipo penal deve sempre iniciar pela indagação da intensidade de abertura, para assim averiguar a sua possibilidade de exteriorização na seara jurídica, devendo esse controle ser iniciado com os referenciais dos fundamentos do princípio da legalidade.

Sendo assim pode-se concluir que todos os tipos penais terão um determinado grau de abertura, onde esse só poderá ser averiguado no caso concreto, mediante a intensidade de abertura, tendo como critério de avaliação, o princípio da legalidade, o que permitirá decidir se o tipo será aceitável na esfera jurídica.

2.2 A relação com o Princípio da Legalidade

Ao tratar sobre o tema é imprescindível a abordagem de um princípio basilar do ordenamento jurídico, que consiste no princípio da legalidade, trazido pelo artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade surge como um princípio basilar do ordenamento jurídico, de extrema importância, sendo fundamental para a regulamentação estatal. Por seu intermédio é garantido à sociedade o direito de conhecer previamente as condutas inadmissíveis, resguardando assim os interesses sociais.

Em relação ao direito penal, o princípio da legalidade é exteriorizado sob duas óticas de forte caráter vinculador, sendo elas a previsão de condutas puníveis somente através de lei, e a vinculação do poder legislativo na criação das normas penais.

Em suma o princípio da legalidade é a base de qualquer Estado Democrático de Direito, a pedra angular do Direito Penal. É por meio dele que emana a garantia que “uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade tiver determinada antes da ação perpetrada, ou seja, os pressupostos da punibilidade e a as consequências jurídicas do ato precisam estar determinadas já na época do fato.”(SILVA, 2001,p.58)

Sobre o tema, a doutrina vem se posicionando, ao destacar a relação dos tipos penais em aberto com o princípio da reserva legal. Em interessante observação, MÉDICE, esclarece que:

A ofensa ao princípio da legalidade pode se verificar de várias formas. As mais notáveis são o emprego da analogia e a elaboração de tipos penais vagos ou obscuros, propícios a uma livre interpretação do julgador. Infringe o princípio da legalidade, portanto, a descrição penal indeterminada, vaga, que não permita determinar a abrangência do preceito primário do tipo penal, possibilitando assim arbitrariedades, por parte do julgador.(2004.p 203)

Neste mesmo sentido, o professor Machado, faz uma interessante observação sobre a problemática analisando o contexto histórico. Segundo o citado autor:

A providência primeira dos regimes ditatoriais, quando mantêm o princípio da reserva legal, é inocuzar o tipo, ora criando conceitos materiais para aplicação

analgica, ora tornando-o aberto com a inserção, na sua estrutura, de elementos normativos.(1975, p.34)

Os tipos penais em aberto guardam forte oposição com o princípio da legalidade, todavia aduzir que a afronta é sempre presente nesse tipo penal, é incoerente e injusto. É necessário frisar que a incidência de desrespeito ao referido princípio é sempre mais comum neste tipo penal, em face de sua generalidade.

Importante ressaltar que a partir do momento em que o tipo penal passa a delimitar as condutas de forma tão genéricas a ponto de não estabelecer um limite entre o ilícito e o lícito, não se pode mais constatar respeito ao referido princípio e assim poderá verificar-se a concreta ofensa ao princípio da legalidade.

O que justifica a utilização dos tipos penais abertos, apesar da constante ameaça daqueles ao princípio da legalidade, é a necessidade de punição de algumas condutas. Essa punição, por sua vez, tem como objetivo a defesa de bens jurídicos, normalmente, constitucionalmente garantidos.

Dessa forma, a utilização de um tipo penal aberto, de certa forma, lida com o problema de resolução do conflito de princípios constitucionais: de um lado, o princípio da legalidade, do outro o bem jurídico que se quer proteger com a vedação da conduta.

Em diversos momentos é possível visualizar conflitos constitucionais entre as normas do ordenamento pátrio. Observando essa problemática, a jurisprudência pátria, acompanhada pelo Judiciário optara por utilizar o princípio da proporcionalidade como meio solucionador.

O princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios, como bem asseverado por Carolina Prado, que anuncia que:

Este princípio é constituído de três subprincípios, que são, a adequação, a necessidade e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação fala que as medidas restritivas adotadas devem ser apropriadas para o alcance da finalidade ao qual o princípio se propôs. Já o subprincípio da necessidade prevê que a solução tomada pelo operador do Direito deve ser aquela que menos prejuízos cause aos envolvidos e a coletividade, Deve-se fazer o mais com o menos de restrição aos princípios fundamentais. Por sua vez, o subprincípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito prega que os princípios fundamentais devem ser analisados dentro do contexto no qual se colidem, obtendo por meios

objetivos e subjetivos, uma decisão de resultado satisfatório, onde o direito limitado de fato seja menos oneroso do que o direito que prepondera. (2010, p. 8)

Os subprincípios não são antagônicos, e sim complementares, formando verdadeira fundamentação para a existência do princípio que lhe originou.

O presente assunto foi trazido a baila para anunciar que os possíveis conflitos gerados pela presença do tipo penal em aberto no tema em análise deverão ser analisados sob a luz do princípio da proporcionalidade, sendo observado o interesse da coletividade.

2.3 Diferenciação em relação às normas penais em branco

É necessário esclarecer que os tipos penais em branco diferem das normas penais em brancos, ambos caracterizados pela necessidade de complementos, porém as normais penais são os preceitos jurídicos que estabelecem a formação e a normatização da obrigação de punir estatal.

Sua descrição é estabelecida na primeira parte da lei penal, sendo complementada pela sanção jurídica que compõe o seu segundo segmento, constituindo um verdadeiro mandamento, onde ora é composto por uma proibição ora por um comando.

Todavia nem sempre a norma é exteriorizada de maneira completa e perfeita no âmbito jurídico e é nesse contexto que surgem as normas penais em branco, caracterizadas por não possuírem uma completa descrição da sanção, acompanhada apenas de uma referência expressa ou tácita à outra disposição legal que terá a descrição da conduta.

Por esse motivo a sua denominação em *lex imperfectas*, em face de sua exteriorização incompleta, onde o conteúdo da proibição é descrito apenas de maneira generalizada, necessitando do complemento.

Conceituado as normas penais em branco, PRADO trás a seguinte elucidação “a hipótese legal ou prótase é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo” (2004,172).

Apesar de representar uma exteriorização jurídica incompleta, as normas penais em branco são de extrema e total necessidade para a sociedade, sendo imprescindível a existência dessa técnica legislativa. Sendo sua necessidade justificada pela existência de fatores

imutáveis, que dificultam a total descrição normativa. Assim as normas penais em branco surgem como um meio de dinamicidade jurídica.

Sobre a necessidade desta técnica legislativa, PRADO esclarece que “a regulamentação de certas matérias(...) altamente condicionada por fatores histórico-culturais, que exige uma atividade normativa constante e variável”.(2004, 172). Como exemplo marcante dessas matérias é possível elencar a economia, a ordem tributária e Administração Pública, que se caracterizam pela forte interferência econômica.

A importância da existência das normas penais em branco se justifica pelos seguintes motivos: a impossibilidade da descrição de todas as condutas e a contingência de preceitos genéricos. É necessário observar a inviabilidade de um tipo penal esgotar todas as condutas típicas dos delitos, e a generalidade que ocorreria em face da ausência de normas penais em branco.

Esta ausência causaria um grande desequilíbrio na divisão dos poderes estatal, já que atribuiria ao Judiciário uma característica anômala que consistiria na função de legislar, e este necessitaria suprir as ausências formuladas por leis totalmente genéricas. Sendo assim as normas penais em brancos se tornam imprescindível para o equilíbrio jurídico-normativo.

A previsibilidade das normas penais em branco surgiu através Karl Binding, quando observou a existência de normas que necessitavam de complemento, sendo ele o autor da histórica frase "a lei penal em branco é um corpo errante em busca de alma", citada tanto por E. Magalhães Noronha.

Sendo assim pode-se observar que as normas penais em brancos são instrumentos necessários para uma efetiva e real aplicação da legislação, podendo abordar uma contemporaneidade aos casos concretos, atingindo à expectativa social.

A doutrina de maneira didática classificou as normas penais em duas espécies: as normas penais em branco em sentido lato (impróprias ou homogêneas) e em sentido estrito (próprias ou heterogêneas).

Aquelas possuem sua complementação oriunda na mesma esfera legislativa do tipo penal, por isso sua denominação em homogêneas, já que as fontes são derivadas da mesma competência.

Quando se analisa essa espécie das normas penais em branco é necessário realizar um raciocínio que fornecerá uma de suas características, que consiste em ter sua complementação por lei federal. Esse raciocínio se deve a descrição trazida por dois preceitos constitucionais: o artigo 22 que estabelece que é competência privativa da União a definição de delitos e o artigo 5º em seu inciso XXXIX, que estabelece o princípio da reserva legal. Então é necessário estabelecer a conexão dos dois preceitos e definir que as normas penais em branco em sentido amplo são complementadas por normas federais.

O exemplo clássico dessa espécie é o artigo 237 do Código penal brasileiro que estabelece "contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena – detenção, de três meses a um ano". Para a compreensão do delito é necessário compreender no que consiste "nulidade absoluta", resposta essa que será apresentada pelo Código Civil, norma federal, e seu artigo 1.521.

Já as normas penais em sentido estrito são marcadas pela complementação por outra instância normativa diferente daquela que produziu o preceito primário. Sendo seu complemento composto por atos normativos infra legais, como por exemplos os decretos e as portarias. A título demonstrativo dessa espécie pode-se citar o artigo 12 da Lei de Tóxico, que terá a portaria do Ministério da Saúde, informando no que caracterizará as substâncias entorpecentes.

Ainda quanto a classificação doutrinária é necessário trazer a baila a norma penal em branco inversa, que se caracteriza pela ausência descritiva de sanção, nesta a conduta delituosa é amplamente delineada porém a sanção penal é prevista em outro diploma legal, como por exemplo o artigo 1º da Lei de Genocídio que prevê a punição de acordo com o Código Penal

A divisão proposta pela doutrina pátria consiste basicamente em reconhecer a origem do complemento, consistindo em uma classificação doutrinária apenas didática, não subsistindo grandes efeitos práticos, já que ambas são complementadas por outros preceitos em face da técnica que as produziram.

3 DIREITO PENAL CRIMINALIZADOR NA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei das licitações surgiu da necessidade de tentar moralizar as contratações públicas. O intuito era enquadrar-se com o previsto na constituição de 1988. Para atingir esse intuito, a lei das licitações estabeleceu princípios próprios, embora decorrentes de princípios constitucionais de direito administrativo.

No sentido de preservar o interesse público, principalmente o patrimônio, por inúmeras vezes ao longo da lei das licitações encontram-se menções a preocupação da administração contratar com preços tidos como dentro do valor de mercado.

Para defender o interesse público, a lei 8.666/93 previu alguns crimes específicos cometidos em licitações ou na execução de contratos administrativos.

3.1 Licitação Pública: Abordagem conceitual e histórica

Em âmbito nacional, as Licitações surgiram ainda no Período Colonial, onde se exigia a combinação da melhor técnica e melhor preço. Tendo a previsão de múltiplas modalidades sido prevista na Lei 4.401/64, que trouxe normas para as licitações que versassem sobre serviços, obras e aquisição de materiais.

Com a Constituição de 1988, a União foi designada como responsável pela legislação licitatória, sendo posteriormente publicada a Lei 8.666/93, que compõe objeto de estudo do presente trabalho, foi posteriormente complementada pela Lei 10. 502/02, que introduziu a modalidade de pregão eletrônico.

Após a breve análise histórica ora proposta é possível observar com maior clareza a conceituação de Licitação Pública, que segundo Mello, pode ser definida como:

o processo administrativo mediante a qual uma instituição estatal, desejando, entre outros, alienar, adquirir ou locar bens, e executar obras e serviços, convoca interessados na apresentação da propostas, a fim de escolher a que se mostre conveniente.(2000, pág 456)

A licitação pública consiste no meio de implementação do principio da legalidade e da igualdade na contratação pública. Além desses princípios, a licitação pública é regida pelos princípios constitucionais da Administração Pública, quais sejam a legalidade, já citada,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E ainda segundo o TCU, o princípio da competitividade, como descrito nos seguintes acórdãos:

De ressaltar que a **competitividade** está associada à efetiva disputa entre os **participantes do certame**. No caso, observa-se que devido ao fato de as licitantes pertencerem aos mesmos proprietários parentes vai prevalecer o interesse do grupo societário como um todo em detrimento dos interesses isolados de cada empresa. (Acórdão 775/2011-TCU-Plenário) PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. TRT-AM. PREGÃO PRESENCIAL. **DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES COM RESTRICÇÃO A COMPETITIVIDADE**. SUSPENSÃO CAUTELAR DO PREGÃO. DETERMINAÇÃO PARA ANULAR A DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESAS E A AJUDICAÇÃO DO OBJETO, COM POSTERIOR SEGUIMENTO DO CERTAME. CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA À RECORRENTE E AO ÓRGÃO INTERESSADO. (Acórdão 1.734/2009-TCU-Plenário)

Sendo assim pode-se concluir que Licitação Pública é o meio constitucional em que o Estado utiliza para “a contratação de obras e serviços na tentativa da observância de diversas garantias e princípios, dentre eles a livre concorrência, a isonomia entre os concorrentes” (MACEDO, 2009 pp. 3-4).

3.2 Análise do artigo 96 da Lei Licitação

A Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública trouxe a previsão das condutas humanas que devem ser incriminadas penalmente, por intermédio dos artigos 89 a 98. Em face da proposta da pesquisa será analisado apenas o artigo 96, onde existe a previsão do tipo penal em aberto, elemento constitutivo do estudo.

O núcleo do presente trabalho estabelece as seguintes condutas:

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

I-elevando arbitrariamente os preços;

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

III-entregando uma mercadoria por outra;

IV-tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;

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

Em relação as condutas trazidas pelo incisos do presente artigo, Bittencourt explica o seguinte:

- a) Elevação arbitrária de preços, caracterizando-se o denominado preço superfaturado, desde que venha a ser o vencedor da licitação ;
- b) Venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada, ocorrendo em função da licitação e/ou do contrato,(..) de configurar-se a tradição.
- c) Entrega de uma mercadoria pela outra, desatendendo o compromisso assumido na proposta. No caso ressalva-se a entrega de mercadoria diversa em razão de desenvolvimento e evolução técnica;
- d) Alteração de substancia, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida, evidentemente, para pior e para menos;
- e) Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, desde que cause real prejuízo a Administração, uma vez que a proposta, em sede de licitação, pode não ser a vencedora do certame(2006, p 46)

Sendo cinco condutas taxativas, que não podem ser ampliadas por intermédio de força interpretativa, onde visam resguardar os objetivos da intervenção penal mínima e da proibição da insuficiência, proibindo atitudes fraudulentas que gerem danos a Administração Pública.

Inicialmente deve elencar-se a objetividade jurídica do tipo penal que consiste no patrimônio público, já que o legislador buscou evitar que o Estado tivesse prejuízo em face de suas contratações. Em um caráter mais específico, pode-se afirmar que a objetividade jurídica é a de preservar o patrimônio da entidade licitante, todavia em caráter genérico a simples ofensa ao patrimônio público já caracteriza o objeto jurídico do tipo penal.

Em relação aos sujeitos do crime se terá a clássica divisão doutrinária em sujeito ativo e passivo. O sujeito ativo no caso em tela será o licitante, que consiste naquele que participa de licitação já instaurada ou o contratado, que de acordo com o artigo 6º da Lei 8.666/93, consiste na “pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública”, que realizar as atitudes fraudulentas possíveis de causar um prejuízo ao ente público, portanto trata-se de um crime próprio, já que estabelece uma condição própria para o sujeito, na qual seja o poder de realizar pacto contratual com a Administração Pública. Quanto

ao sujeito passivo, pode-se estabelecer que será toda entidade pública que for obrigada a licitar ou contratar, compreendendo não só as que compõe a Administração Pública direta, mas também autarquias e fundações.

Quanto á questão processual do tipo, é relevante trazer a baila os ensinamentos do mestre Grego Filho, que assevera que:

Os crimes previstos na Lei de Licitações (Lei 8.666/93, de 21-6-1993) submetem-se ao procedimento especial nela previsto(arts. 100 a 108). A Lei previu dispositivos dispensáveis, já que em nada alteram a sistemática do Código de Processo Penal: o que considera os definidos na Lei como sendo de ação penal pública incondicionada (art.100); o que abre a possibilidade de qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público para os efeitos da Lei (art. 101); o que impõe o dever de comunicação da ocorrência do crime por parte dos magistrados, membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes (art. 102); e, por fim, o que admite ação penal privativa subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal(1994, art. 103).

Concluindo os elementos objetivos, é necessário esclarecer que a tentativa será admissível, já que o prejuízo poderá não se efetivar, por condições alheia a vontade do autor, caso seja concluído constituirá assim a consumação do tipo. Quanto ao elemento geral, terá o elemento subjetivo que consiste na simples e pura vontade de praticar qualquer conduta, estabelecida no art. 96.

Sem finalidade de exaurir o tema, mas de apenas introduzi-lo para assim concluir a análise jurídica, apresenta-se a classificação dos delitos previstos no art. 96 da Lei em estudo em crime material, vinculado, comissivo, próprio, unissubjetivo, e plurissubstitente.

O tipo penal do artigo 96,I exige pelo menos a ocorrência de quatro elementos do tipo : fraude e prejuízo (presentes no caput); elevação e arbitrária (presentes no inciso I). Serão analisados a seguir os elementos presente no caput.

Inicialmente a norma prevê que o ato delituoso será fraudar em prejuízo. Existem diversos atos lesivos ao patrimônio alheio, e dentre eles está inserido a fraude, um dos mais perigosos e silenciosos, já que nem mesmo o agente que sofre a lesão consegue identificar de imediato tal ato.

De acordo com dados da pesquisa realizada por GBE-Peritos & Investigadores Contábeis, é possível verificar que em média de 10% do faturamento das empresas brasileiras é perdido em fraudes. Quando se analisa a situação no âmbito da Administração Pública, é possível verificar uma situação bem mais agravada, já que ganha outros contornos, pois envolve dinheiro público e controle relativamente mais singelos.

Em face da importância do tema para o estudo da pesquisa é necessário que demonstre o conceito de fraude, bem como seus desdobramentos. De acordo com o dicionário português online “fraude” significa “ação e/ou comportamento que, sendo desonesto e arditoso, tem a intenção de enganar ou ludibriar alguém. De modo a não cumprir determinada obrigação ou dever”.

Na literatura especializada, diversos autores explanam conceituações sobre fraude, onde oportunamente é trazido a baila alguns, com extrema relevância para a pesquisa.

Fulwider conceitua a fraude como “um tipo de ato ilegal no qual o agente obtém algo de valor mediante uma declaração falsa intencional”. (1999 p. 13). Soares, descrevendo suas características, tipifica como um ato “logro, engano, dolo, abuso de confiança, contrabando, manobra enganosa para enganar alguém.” (2005 p. 77).

O autor do dicionário jurídico com maior relevância no âmbito norte-americano, Henry Black, conceituou fraude como:

um termo genérico que engloba todos os multiformes meios que a capacidade humana pode criar para serem usados por alguém para tirar vantagem de outrem com sugestões falsas ou com omissão da verdade, e inclui toda surpresa.(1968 p. 788)

Através dos conceitos ora explanados é possível identificar algumas características sobre a fraude. Sendo elas o caráter intencional do agente, a possibilidade de ser praticada tanto por pessoa física como por jurídica, além do objetivo de obtenção de vantagem ilícita.

É necessário estabelecer uma observação quanto à diferença existente entre o erro e a fraude, ambos formulam os mesmo resultados, porém se diferenciam pelo caráter intencional, sendo presente na fraude e ausente no erro.

Outra diferenciação importante quanto ao tema consiste na diferenciação entre fraude e corrupção, como elencado por Queiroz:

Sempre haverá algum tipo de fraude quando for constatada corrupção, mas nem sempre onde houver fraude haverá corrupção. (...) a corrupção foi definida como o uso de um cargo público para benefício particular(..). Nesse sentido, o primeiro age no lado da corrupção passiva e o segundo, na corrupção ativa, pois um 'dá' e o outro 'recebe', ou um facilita e o outro atua, ambos dividindo o ganho. Já a fraude foi definida como o processo de enriquecimento ilícito ocorrido inteiramente no âmbito privado(...) Quanto à fraude, as expressões referentes a 'enriquecimento ilícito' e 'no âmbito privado', (sic) devem ser entendidas como o enriquecimento pessoal ou particular de uma ou mais pessoas, sejam agentes públicos ou privados, isoladamente, decorrente da prática do ato ilícito (2004 pp. 40-41)

A constatação da ação fraudulenta é em muitos momentos uma tarefa árdua, porém alguns sinais podem nortear a sua identificação, como proposto por Fulwider, que os estabeleceu da seguinte maneira:

- a) gerência fraca: inclui a falha em fazer com que os subordinados cumpram os controles existentes
- b) controles internos frouxos: segregação inadequada de tarefas (..)permitem que o agente cometa fraude.
- c) histórico de irregularidades: auditorias e investigações realizadas, com achados de atividade questionável ou criminal.
- d) liderança antiética: executivos que não seguem as regras e focam em logro pessoal, em vez das metas da organização.
- e) promessa de ganho com pouca probabilidade de ser pego: quando um agente trabalha em um ambiente de gerência fraca, (...) ele tem ampla oportunidade de tirar proveito da situação para benefício próprio.
- f) decisões e/ou transações não explicadas: transações que são extraordinárias e não satisfatoriamente explicadas.
- g) falha em seguir a assessoria jurídica ou a técnica: não acatamento injustificadamente de pareceres jurídicos.
- h) documentos adulterados ou retirados: algumas vezes o agente inclui informações errôneas e entra com dados falsos nos registros facilmente perceptíveis. Contudo, o agente não toma o cuidado de ocultar as mudanças.(1999 pp. 13-14)

É necessário observar que a fraude contra a Administração Pública não poderá ocorrer em um caráter tão objetivo como proposto pelo seu significado, devendo ser concreta e analisada na realidade fática, afastado toda e qualquer presunção.

Em Acórdão publicado pelo Tribunal de Contas da União, é relatado explicitamente a impossibilidade da presunção da fraude:

Existe alguma ilicitude no fato de uma empresa simplesmente conhecer o conteúdo da proposta de outro licitante, com o consentimento deste? Um empresário pode ou não pode revelar o conteúdo de sua proposta a outro licitante? Positivamente, **desde que não haja conluio ou intuito de fraude**, não existe qualquer vedação a que todos e cada um dos licitantes, espontaneamente, por vontade própria, conheçam todas as propostas, e isso não significa que, por antecipação, já se conheça o vencedor do certame, pois podem ocorrer inabilitações e desclassificações. Não existe ilicitude alguma porque aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. **E o que a lei proíbe é a fraude, o conluio, a articulação feita com o propósito de fraudar a licitação. MAS FRAUDE NÃO SE PRESUME.** Revelar ou não o conteúdo de sua proposta a quem quer que seja é um direito de cada licitante. Outro direito de cada licitante, ao qual corresponde um dever da Administração, é o da manutenção do sigilo de sua proposta, depois de apresentada (entregue em envelope lacrado) à Comissão Julgadora. O que a lei proscree é apenas e tão-somente o conhecimento ilícito, indevido, criminalmente sancionável, que ocorreria na hipótese de violação do sigilo da proposta depois de apresentada à Administração, tal como previsto no Código Penal. (ACÓRDÃO Nº 297/2009, TC-010.468/2008-8 Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça)

Portanto para caracterizar a fraude ela deve ser concreta e devidamente provada, afastando assim qualquer presunção, que possa a vir oferecer ofensa ao princípio da reserva legal. Devendo lembrar que os particulares possuem amplo direito de negociação, que deve ser respeitado.

Ademais é necessário esclarecer que o entendimento jurisprudência do citado tribunal é relativizado diante de duas situações, que passam a permitir que a fraude seja presumida, que ocorrerá quando os fatores que causaram a fraude sejam tão exorbitantes que não exista possibilidade concreta que anule a fraude, demonstrando claramente o dolo do agente em obter vantagem injusta com a utilização do ato fraudulento. Sendo a segunda situação quando uma sociedade possui objeto social ou sócio em comum com a sociedade que irá sofrer a desvantagem, como é demonstrado nesse acórdão:

Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993. (Acórdão 1831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8, Rel. Min. José Múcio Monteiro, DOU na ATA 23 – Plenário, de 09.07.2014.)

Em análise acerca do tema, sob a ótica do tipo penal previsto no artigo 96, ora núcleo de estudo desta pesquisa, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reforçou a impossibilidade de presunção de fraude, onde há apresentação de proposta com valores exorbitantes, fora da realidade do mercado, não poderá constituir delito, como previsto no julgado que segue *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO, POR MEIO DE ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS - ART. 96, I, DA LEI Nº 8.666/93 - NÃO COMPROVAÇÃO DA EFETIVA EXISTÊNCIA DE FRAUDE - DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INFLUIREM NA PERSECUÇÃO PENAL E NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DE AGENTES ENVOLVIDOS NA MALVERSAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO - VIABILIDADE, CONTUDO, DE SEREM TOMADAS COMO MAIS UM ELEMENTO DE PROVA - PRECEDENTES - MATERIALIDADE DELITIVA NÃO DEMONSTRADA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - CRIME DE PECULATO PRATICADO POR UM DOS RÉUS - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, PELA PENA EM CONCRETO, DE FORMA RETROATIVA. **I - O crime previsto no art. 96, I, da Lei nº 8.666/93 (fraude à licitação, por meio da elevação arbitrária dos preços) refere-se a conduta própria do licitante ou do vencedor da licitação, consumado com o prejuízo causado à Fazenda Pública, não bastando, para sua caracterização, a mera apresentação de proposta com valores exorbitantes, fora da realidade do mercado, mas a demonstração da efetiva existência de fraude, como elemento inerente ao tipo, até porque o ato de elevar "arbitrariamente os preços", por si só, não constitui ilícito penal.** II - Em razão da independência das instâncias administrativa e penal, as decisões do Tribunal de Conta da União são insuscetíveis de influir na persecução penal e na responsabilização de agentes envolvidos na malversação de dinheiro público, mas podem ser tomadas como mais um elemento de prova da conduta descrita como crime, máxime quando analisam, de forma específica e adequada, o mérito do ato administrativo impugnado III - Materialidade delitativa não comprovada, nem por mesmo por indícios. IV - Extinção da punibilidade de um dos réus, em relação à prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal, pela consumação da prescrição da pretensão punitiva, pela pena em concreto, de forma retroativa, com fulcro nos arts. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, 111, I, e 117, I, do Código Penal, de vez que, entre a data em que se consumou a última conduta apontada como delituosa (1997) e a data em que a denúncia foi recebida (26/03/2002), transcorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos. V - Apelação do réu provida. VI - Apelação do Ministério Público Federal conhecida e improvida. (TRF 1ª R., ACR

Sendo assim pode-se perceber que o estudo sobre a temática da fraude é complexa, e de suma importância para a pesquisa. Devendo sua análise ser vista sempre a luz de ampla interpretação para que assim não haja injustas colocações gerando uma possível ofensa ao princípio da legalidade ou até mesmo uma abertura para ações injustas pela a Administração Pública.

Prosseguindo na análise do texto legal, é visto que a fraude deverá causar prejuízo à Fazenda Pública, tornando-se necessário tecer importantes considerações em relação ao sentido deste termo para a lei em análise.

Etimologicamente o termo prejuízo deriva do latim *praejudicium*, sendo definido como um dano ou perda. A expressão “prejuízo” no tipo deve ser visto sob a ótica de um dano econômico. Em relação a esse fator, o mestre Gasparini, esclarece que:

Esse dano pode ser direto ou indireto. O dano direto pode ser financeiro, como na hipótese do inciso I, de qualidade, a exemplo do inciso II, e de quantidade, a exemplo do inciso IV, todos do artigo sob comentário. Embora o comum seja o dano econômico decorrer do contrato, é notório também pode advir da licitação fraudada, por exemplo. Essas possibilidades, alias, estão caracterizadas nos vários incisos do artigo que se analisa. De fato, as hipóteses dos incisos II usque V, segunda parte, do preceptivo em comento são condutas que dizem respeito com a execução do contrato, enquanto a hipóteses do inciso, I e V, primeira parte, são comportamentos referidos à licitação. (2011, p.109)

Sendo assim a fraude só se caracteriza se ocorrer alguma forma de prejuízo acima listada, sob a pena de não ser considerada crime.

A dificuldade em definir o prejuízo consiste na imprevisibilidade de sua aferição. Constantemente é observado em julgados do TCU, alegações sobre a ausência de comprovação do efetivo prejuízo, podendo ser observado por meio do acordão que segue abaixo:

Argumentos às fls. 102/107 do Anexo 2 – Da falta de documentos essenciais na comprovação do suposto superfaturamento⁴⁴. Argumentam que **os documentos constantes dos autos não comprovam o prejuízo imputado aos responsáveis nem demonstram a quantificação do dano, prejudicando a apresentação de defesa. Dizem que nada e nenhum documento comprova qual foi e quanto foi o**

referido prejuízo.45. Alegam que o dano ao erário a eles imputado não foi comprovado, mas apenas presumido, destacando que os atos ilícitos a eles atribuídos são objeto de ‘CALOROSO debate junto ao Poder Judiciário’. Prosseguem salientando que o fato de os defendentes estarem sendo acusados por diversos órgãos por supostos ilícitos não autoriza à presunção de dano ao erário, pois cabe ao autor do processo individualizar cada situação para dar aos responsáveis o tratamento correto sem generalizações ou especulações acerca de supostos prejuízos.46. **Além disso, no seu entendimento, os princípios da ampla defesa e do contraditório ficaram comprometidos em vista da falta de apresentação dos fundamentos ou critérios adotados na apuração do superfaturamento, visto que é ônus do autor apresentar prova das acusações formuladas.**47. Observam que as licitações e valores envolvidos foram devidamente aprovados pelos respectivos Dicon estaduais e pelo Ministério da Saúde e destacam que este oferece os valores a serem utilizados como referência nas licitações, os quais foram amplamente divulgados e respeitados pelas defendentes.48. Tamanha a importância da quantificação e qualificação do dano material ao erário, que o Poder Judiciário no julgamento de ações civis públicas – improbidade administrativa – vem afastando as sanções que são impostas aos acusados, pela ausência de requisito essencial (os responsáveis citam trechos de jurisprudência dos tribunais superiores para comprovar sua tese de que é fundamental a existência de prova de dano ao erário).49. Repetem os responsáveis que os supostos atos irregulares descritos no processo são de competência da Administração Municipal a época dos fatos.50. Observam que, no caso em foco, foram utilizadas informações dos Inquéritos Policiais e dos depoimentos dos Sres Darci e Luiz Vedoin, que ainda não gozam de presunção de validade. Além disso, argumentam que a adoção de prova genérica prejudica a defesa, pois o processo criminal envolve 81 réus e não há no presente processo indicação das peças adotadas como prova das irregularidades apontadas.51. Por fim, reforçam que a unidade móvel licitada foi entregue ao conveniente de acordo com o edital e atendeu aos objetivos propostos, motivo pelo qual se solicita a exclusão dos responsáveis do pólo passivo da presente TCE.(TC 021.486/2009-2).

A falta de apresentação de critérios que demonstrem como se alcançou a aferição do prejuízo, permite que os agentes de atos fraudulentos aleguem cerceamento de defesa, já que não é possível estabelecer como tal ato lhe foi imputado para assim apresentarem defesa. Situações como estas permitem que em muitos momentos ocorram injustas absolvições, o que acarreta prejuízos inestimáveis aos cofres públicos.

Em uma tentativa de evitar que tais situações ocorram, o Tribunal de Contas da União, procurou estabelecer como critério de aferição do prejuízo, o preço estabelecido pelo

mercado, em uma tentativa de oferecer uma resposta, tida como objetiva. No julgado transcrito abaixo, é possível averiguar este posicionamento do TCU:

21. Os autos comprovam o prejuízo imputado aos responsáveis e demonstram a quantificação do dano, **uma vez que o prejuízo ao erário foi identificado mediante comparação entre o preço praticado e o preço de referência definido com base em ampla pesquisa de mercado que buscou demonstrar o real valor dos bens, motivo pelo qual não configura enriquecimento ilícito da Administração Pública.**²². De acordo com o art. 96, inc. V, da Lei nº 8.666/93, qualquer ato que torne a proposta da licitante injustamente mais onerosa é vedado, sendo, inclusive, tipificado como crime. Além disso, de acordo com as disposições do art. 16, § 2º, da Lei Orgânica deste Tribunal, o agente público que praticou o ato irregular, a empresa e seus sócios respondem solidariamente, por terem concorrido para o cometimento do dano apurado. Por esse motivo, foram citados solidariamente pelo débito decorrente do superfaturamento na aquisição do veículo objeto do Convênio nº 568/2003 o então prefeito, a empresa fornecedora do veículo, bem como sua sócia administradora à época.²³ Cabe ressaltar que a defesa apresentada não trata da ocorrência do superfaturamento, objeto do ofício de citação, nem das irregularidades questionadas no ofício de audiência (fracionamento de despesas e ausência de pesquisa prévia de preços de mercado), portanto, não pode ser acatada. (TC 020.495/2009-7-Processo apenso: TC 006.995/2008-6)

Dentre as modalidades de licitação, encontra-se a do menor preço, onde aquele que apresentar o menor preço será o vencedor do certame. Todavia é necessário esclarecer que nem sempre a Administração pode contratar por este tipo, já que existem outros interesses públicos que devem ser respeitados, o que instigou a previsibilidade de outros tipos como a da melhor técnica.

Nesse mesmo sentido Ministério Público, em apresentação para acusação asseverou que:

O denunciado fraudou, em prejuízo da Fazenda Pública Municipal de Teutônia, contrato oriundo de licitação para a aquisição de bens, in casu combustível gasolina para os veículos oficiais do município, tornando, injustamente, mais onerosa a execução do contrato. Na oportunidade, o denunciado, **vencedor da licitação para o fornecimento do combustível gasolina para o município de Teutônia no ano de 2004, informou ao Município, por intermédio de notas fiscais, valores de reajuste do combustível que não condiziam com os valores praticados no mercado, auferindo vantagem indevida, tornando injustamente mais onerosa a**

execução do contrato, lesando os cofres públicos em aproximadamente R\$ 2.432,06 (dois mil, quatrocentos e trinta e dois reais e seis centavos).

Portanto o prejuízo entendido pelos tribunais é aquele que resulta da contratação por valores acima do denominado “valor de mercado”.

Quando o legislador descreveu a conduta fraudulenta ele destinou quem seria a vítima de tais atos, no caso a Fazenda Pública. Faz-se necessário frisar que Fazenda Pública será o termo utilizado para designar a Administração Pública em juízo, seja ela na forma autora ou ré. Em interessante observação, Gasparini esclarece que:

Sendo assim, toca ao exegeta superar eventuais falhas legislativas, interpretando integralmente a lei. Portanto Fazenda Pública é expressão que deve ser entendida como sinônima de Administração Pública, tomada esta locução no sentido lato que lhe empresta o inc. XI do art. 6º da Lei Federal Licitatória, tal qual se entendeu a locução do Poder Público consignada, entre outros, no art. 92 dessa lei. (2011,p.108)

Posteriormente deve-se destacar que o ato delituoso deverá fraudar licitação já instaurada, que são aquelas que já possuem edital publicado ou com carta convite distribuída, ou contratos delas decorrentes, que poderão ser administrativos ou privados, conceituados como “o ajuste existente entre a Administração Pública e um particular, formalizado mediante um dos instrumentos indicados pelo art. 62 da Lei Federal Licitatória, que tem por objeto um negocio de seu interesse” (GASPARINE.2011, p.108)

Por fim, é necessário tecer esclarecimentos acerca da expressão aquisição ou venda de bens ou mercadoria, esta consistindo na forma que a Administração se desfaz de algum bem, como por exemplo a doação e a permuta, e aquela considera-se os meios que a Administração torna-se proprietário de um bem. Nesta esfera é necessário observar um importante lacuna deixada pelo tipo penal, que não proveu nenhuma penalidade relacionada aos serviços e obras, que representam grande parcela de licitações realizadas pela Administração Pública.

Sendo analisadas definições de dois elementos essenciais do tipo, quais sejam, a fraude e o prejuízo, a partir de agora se analisará dificuldades trazidas pelo elaboração do tipo.

3.3 Dificuldades na interpretação do artigo 96,I da lei 8.666/93

O tipo do artigo 96 foi previsto objetivando a defesa do patrimônio público, mas muitas imperfeições podem ser observadas. A primeira imperfeição apresentada consiste na sua coincidência com o artigo 90 da mesma lei, que prevê:

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Quando a previsão legal estabelece que atitude fraudulenta por qualquer outro expediente, automaticamente inclui todas as situações que foram descritas no artigo 96.

Iniciando a análise do artigo 96, verificara-se a reincidência do citado erro, neste momento em seus incisos. A previsão trazida pelo inciso V, foi genérica e abstrata, o que permitiria a dispensa do inciso I, bem como do inciso IV, já que ambos preveem a onerosidade da proposta para a Administração Pública.

Analisando o caput, observa-se outra imperfeição, consistente em uma omissão legislativa sobre relevante assunto para a Administração, consistente na ausência de previsão quando essas ações forem realizadas na contratação de serviços.

As atitudes fraudulentas são previstas apenas para aquisição de bens e mercadorias, omitindo-se quando a previsão de serviços, ou mesmo obra, o que pode gerar grandes prejuízos aos cofres públicos.

Sobre o assunto, Vicente Greco se posiciona afirmando que não há justificativa para a ausência de previsão da penalidade para estas atitudes quando realizadas em contratos que preveem obras e serviços. Sugerindo a aplicação do artigo 90 para estes casos. (1994, p.479)

Entre tantas falhas, Nucci propõe a inconstitucionalidade do tipo, que segundo o autor ofendem importantes princípios, como o da livre concorrência e infringência de direitos, já que pode até mesmo violar o direito à propriedade. (2008, p.864)

Inúmeras são as falhas apresentadas pela técnica legislativa. A presente pesquisa se aterá à previsão do tipo penal em aberto, proposto pelo inciso I do referido artigo e a problemática por ele formulada.

Apesar de em muitos momentos ser plausível a verificação de abstração, como no inciso V, ao asseverar apenas os termos “mais onerosa” e “injustamente” a pesquisa se reservará a analisar o inciso I, pois essa análise se aplica perfeitamente ao inciso V. A analogia

que permite isso é verificar que o termo “mais onerosa” equivale ao “elevar” do inciso , assim como o “injustamente” equivale ao “arbitrariamente”

O inciso V, elencou a seguinte conduta “tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato”, traduzindo-se em uma norma geral e abstrata, com caráter de encerramento.

A sua previsão se correlaciona não só com o inciso I, mas com todos os demais previstos no artigo 96. Como destacado por Gasparini, “é hipótese que congrega as demais”(2011,p.106) , dispensando assim os anteriores, demonstrando mais uma das imperfeições apresentada pela técnica legislativa.

Sobre o tema Grego Filho, relata que “ a norma do inciso V (...) abrange as demais, devendo ser interpretada à luz da necessidade de fraude e de prejuízo a Administração”.(1994.p. 47)

Esta correlação é nítida e transparente, correspondendo verdadeira redundância por parte do legislador, que descreveu em um mesmo tipo penal condutas tão próximas, que se entrelaçam formando uma única descrição.

Acompanhando a mesma técnica legislativa, o inciso V é caracterizado pela abstração, onde descreve que a conduta poderá ser materializada “por qualquer modo”. Ao elencar esse termo, toda a problemática envolvida com o inciso I, lhe é também atingida, desde a alegação de cerceamento de defesa, como a possível inconstitucionalidade do tipo, por não prever meios possíveis que evitem a ofensa ao princípio da legalidade.

Apesar de a pesquisa ter se restringido ao inciso I, e face da sua maior caracterização em tipo penal aberto, como já citado, é válido estabelecer que todas as conclusões aqui formuladas, são plausíveis de aplicação ao inciso V, ocorrendo uma correta adaptação.

Retornando ao inciso I é possível afirmar que usa caracterização de abstração é trazida pelos termos “elevar” e “arbitrariamente”, ambos são revestidos de incertezas, formulando grande margem de interpretação ao Judiciário, permitindo assim que em muitos momentos seja compreendido de forma aleatória.

Os órgãos de controle nacional, observando essa abstração, procuraram formular medidas para preencher as lacunas deixadas por esse tipo penal, sendo acompanhados pelo Judiciário. Todavia as medidas não foram suficientes, para preencher tão grande abstração, tornando ainda mais problemática a análise do tema.

A seguir serão analisadas as possíveis interpretações dos termos contidos no inciso I do artigo 96: “elevar” e “arbitrariamente”.

Segundo o dicionário Aurélio, elevar significa: “fazer subir, dar maior altura a, levantar, erguer, aumentar, construir, enobrecer, engrandecer”. (dicionário *on line*). Ao elencar o significado da referida expressão torna-se notório a necessidade de um referencial para a ação, pois ao erguer ou amentar um preço, deve-se existir um patamar, algo que sirva de referência para a própria elevação.

O grande cerne da questão do tipo aqui analisado, é a determinação do patamar escolhido para se aferir se houve ou não a suposta elevação de preços. O prejuízo, seja como for calculado, depende também desse patamar. Até mesmo a fraude exigida no caput do artigo 96, em certas circunstâncias, pode ser presumida a partir da diferença do patamar e o preço efetivamente praticado. Portanto, a escolha desse patamar comparativo é a verdadeira problemática ora tratada, pois como se verá, além dos problemas inerentes da abertura do tipo, existem equívocos na escolha que tem sido utilizada.

O patamar de comparação pode ser determinado de várias formas, vamos aqui tratar apenas três abordagens possíveis, sendo, uma delas quase senso comum. E a esta última faremos as críticas mais severas, justamente por ser a mais utilizada, sem o devido cuidado e respeito a princípios constitucionais caros a sociedade.

A primeira possível abordagem trata como patamar o preço de mercado em que está inserido o bem ou mercadoria; a segunda consideraria o preço anteriormente utilizado pelo agente; e por fim, a última teria o valor que deveria ter sido praticado mas não foi por conta da atitude fraudulenta. Analisando as abordagens mencionadas é possível tecer as seguintes considerações, que passam a ser expostas neste momento pelo presente estudo.

Inicialmente considerando a primeira abordagem que estabelece como patamar referencial o preço do mercado em que está inserido o bem ou a mercadoria, pode-se tecer que se trata de uma abordagem objetiva, onde se permite dispensar observações acerca do agente.

Ademais considera apenas as técnicas necessárias para auferir o preço do mercado, afastando questões subjetivas, como pode ser visto no acordão transcrito abaixo:

9. Conforme consignado nos autos, a unidade técnica, após análise dos esclarecimentos prestados e dos documentos encaminhados, mantém a proposta de cautelar, tendo em vista que **não foi afastada a irregularidade** inicialmente anunciada, qual seja, a ausência de parcelamento do objeto licitado, e, ainda, **a**

constatação de indícios de preços unitários superiores aos praticados no mercado.

10. Em cognição sumária, verifico que assiste razão à unidade técnica.
11. A opção do gestor pela realização de licitação na modalidade de “menor preço por lote” não se encontra adequadamente justificada, mesmo com os novos esclarecimentos prestados.
12. Os itens que integram o objeto são perfeitamente divisíveis. A prestação de serviços de software e o fornecimento de etiquetas ou de equipamentos de coleta de dados, não obstante estarem todos vinculados ao controle patrimonial desejado pelo órgão, podem ser contratados de forma isolada, sem, necessariamente, causar prejuízo ao resultado esperado.
13. Conforme ressaltei no despacho exarado, no caso concreto, ante a especificidade dos serviços de software a serem contratados, em tese sem correlação direta com o material exigido (por exemplo, etiquetas inlay papel e de metal), há inclusive a possibilidade de a empresa adjudicada subcontratar seu fornecimento, provocando elevação do preço final proposto.
14. Aliás, essa possibilidade ficou clara após a **pesquisa de mercado** realizada pela unidade técnica, junto a fornecedor representante dos equipamentos e etiquetas constantes da proposta da empresa vencedora. (TC 020.495/2009-7, Processo apenso: TC 006.995/2008-6.)

Esta abordagem acima descrita consiste na formulação adotada pelo Tribunal de Contas da União-TCU, em seus acórdãos, que são usados como embasamento pelo poder Judiciário.

A abordagem aqui tratada como subjetiva, consideraria como patamar os preços que o próprio licitante normalmente pratica, possuindo assim uma vantagem em relação a adoção do valor de mercado, pois não se exige do agente uma conduta diversa da que normalmente tem, ou seja, será considerada elevação se o agente agir em desconformidade pontual ao que normalmente pratica.

Por fim, uma última abordagem, seria considerar como elevação todo preço acima do valor que deveria ter sido praticado se não houvesse a fraude. Sem dúvida essa é conceitualmente vantajosa em relação as duas, mas traz um problema prático de difícil solução que é determinar qual seria esse preço que deveria ter ocorrido e a fraude impediu.

Ora, como foi visto neste trabalho, a própria licitação é a maneira escolhida pela administração para se determinar o melhor preço a ser contratado, ou seja o preço que deveria

ser contratado. Já que houve uma elevação tida como fraudulenta, a licitação foi maculada e, na verdade, em tese, a escolha dessa proposta mais vantajosa ficou prejudicada. Portanto, não se teria nesse caso como se determinar o valor que deveria ter sido licitado se fraude não houvesse, a menos que elementos de prova como escutas telefônicas ou outros, indicasse que o licitante fraudulento iria indicar uma proposta menor, mais decidiu por elevar.

Nota-se assim a dificuldade prática de se aferir esse patamar a partir dessa abordagem, apesar de ser ela a que mais se coaduna com os princípios das licitações e do Código Penal. De fato, essa abordagem, que chamaremos de circunstancial, abrange as duas primeiras. É como se as anteriores fossem solucionadoras práticas das dificuldades ora apresentadas.

Mas a verdade, é que a abordagem aqui dita de objetiva, reina na jurisprudência analisada. Sendo quase absolutamente aplicada na metodologia da Perícia da Polícia Federal, assim como no TCU e outros órgãos de controle. Um dos motivos pra isso é a relativa facilidade, em comparação as outras abordagens, que se tem em determinar o patamar de preços como sendo o valor de mercado.

Por intermédio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial buscou-se informações de outras abordagens relativas ao tema, todas tentativas sem êxitos, o que demonstra que não existe um correto posicionamento jurídico, propondo questionamentos sobre o tema.

De imediato já é possível afirmar que todas as abordagens elencadas trazem problemas de ordem prática e teórica, denotando mais uma vez a dificuldade da aplicação de tipos extremamente abertos, pois o grau de abertura desse tipo penal ora estudado é de tal ordem que cada expressão utilizada para definir a norma é objeto de controvérsias.

3.3.1 Abordagem objetiva

A primeira abordagem, aqui denominada objetiva, tem como pressuposto uma presunção, a de que o licitante deve contratar com a administração com base no valor de mercado, o que consiste em uma verdadeira utopia.

É preciso ressaltar que o artigo 15 da Lei 8.666/96 determina, entre outras condutas, que as compras realizadas pela Administração Pública deverão ser feitas, sempre que possível, de acordo com o registro de preços. Essa norma é destinada aos administradores públicos, portanto não há como responsabilizar penalmente o licitante por não ter realizado a venda segundo o elencado no referido artigo 15, já que este não é destinatário da norma.

Ademais, analisando uma simples situação hipotética, é possível verificar a possibilidade da ocorrência de erros causados pela adoção dessa abordagem. Sob esse prisma apresenta-se a seguinte situação, o agente com o dolo de fraudar a Administração Pública, eleva o preços de seus bens todavia mantém abaixo do previsto no mercado, causando assim um prejuízo ao ente público que o contratou por preço superior ao que deveria ser, porém sob a égide dessa abordagem não configuraria o delito tipificado no inciso I do artigo 96 da Lei Licitatória, pois foi inferior ao considerado “valor de mercado”.

É válido observar que essa não é a única falha, pois além desse fator, a abordagem em estudo é fortemente caracterizada por abstração, já que em sua conceituação não é descrito no que consiste “valor de mercado”. Para definir o que consiste esse valor é necessário realizar uma análise específica das condições que ele será transacionado na licitação, na época e lugar do certame, e modificações supervenientes.

O processo de determinação do que seja “valor de mercado” é extremamente complexo, que alguns questionam até mesmo a sua existência. A sua determinação pode ser dividida em duas fases principais: a pesquisa e a determinação do valor.

É preciso observar que existe um número inestimável de metodologias de pesquisa, bem como várias teorias para determinar o valor a partir dos dados da pesquisa realizada. A título de demonstração pode-se citar como possíveis metodologias, a aferição por meio do valor como a média dos valores pesquisados, a mediana dos valores pesquisados, o menor valor pesquisado, ou até mesmo o maior valor pesquisado, dentre outras maneiras.

Todos esses exemplos foram citados para demonstrar a indeterminação sobre o assunto. O questionamento que imediatamente surge é como uma definição tão imprecisa pode ser usada para preencher a lacuna de tipo penal.

Outra dúvida que se impõe em torno do valor de mercado, consiste na impossibilidade prática de fixar um valor fixo no qual os particulares transacionam já que os preços variam conforme a demanda e oferta, ou seja, a própria definição de um valor único para chamar “valor de mercado” é tecnicamente equivocada.

Dentre as indagações sobre o tema surge o questionamento de que transacionar com o mercado teria o mesmo custo que transacionar com o poder público. Vários são os fatores que levam a crer que não, já que da administração só se recebe após a entrega da mercadoria, há risco de haver atrasos no pagamento e qualquer divergência jurídica, quando ganha, se resolverá no problemático sistema de precatórios.

Esses são apenas problemas de ordem prática e técnica da utilização do valor de mercado. Outros tantos de ordem jurídica decorrem dessa utilização. O questionamento que surge é se poderia preencher a lacuna de um tipo penal aberto com um critério que na prática não pode ser conhecido pelo agente.

Ora, se nem a definição do que seja valor de mercado é perfeitamente definida, causando controvérsias inclusive no meio especializado, como o particular poderia conhecê-la, ou mesmo saber qual esse valor? Não tendo como o particular conhecer antecipadamente o conceito de valor de mercado, nem o próprio valor, tem-se assim uma séria ofensa ao princípio da legalidade, já que um elemento do tipo do artigo 96,I, não é previamente definido.

Ainda que o particular tivesse como conhecer o conceito de valor de mercado usualmente utilizado, a utilização dessa escolha deveria estar em um dispositivo legal, por respeito ao princípio da reserva legal.

Uma das funções da existência do tipo penal é ser ele a garantia do sujeito não ser condenado por ato que desconhecia ser conduta delituosa, sendo essa a função garantista do tipo, como já apresentado neste trabalho. O tipo penal aberto prejudica essa percepção quanto a ilicitude da conduta pelo sujeito, mas como visto, ele existe porque determinadas condutas não são passíveis de definição. Devendo ser, portanto a última opção do legislador, pois sempre ofenderá o princípio da legalidade.

É fato que nem todas as condutas delituosas são passíveis de definição fechada, e ainda assim a sociedade tem interesse de se defender das mesmas, sem dúvidas a norma penal é meio adequado para defender princípios caros ao corpo social.

Então, na verdade, na escolha legislativa por um tipo penal aberto, os princípios constitucionais entram em conflito, devendo ser utilizada uma proporcionalidade e razoabilidade para a sua solução. De um lado, a função garantista da norma penal enunciada no princípio da legalidade, de outro lado o bem jurídico que se quer proteger através da norma penal.

Portanto, o tipo penal aberto é resultado de uma solução para um conflito de princípios constitucionais e, como tal deve respeitar fielmente os limites impostos.

É evidente que todos os tipos abertos requerem o preenchimento de lacunas com definições que não se encontram em lei. O crime extremamente aberto do artigo 233 do código penal exige que o magistrado defina o que é “ato obsceno”. Não é aceito pelo costume

que se faça gesto obsceno, mas há um grau, definido pelo magistrado, em que isso será considerado crime.

O cidadão que comete ato obsceno não pode alegar que sua conduta era aceita, ele pode apenas argumentar que não sabia em que grau isso seria crime. Percebemos nesse exemplo que o cidadão não tem uma total surpresa se condenado pelo crime do 233 do código penal. O tipo penal, apesar das ressalvas já realizadas, cumpriu sua missão de garantir ao cidadão não ser punido por algo que não tinha como saber antecipadamente.

Voltemos ao nosso objeto de estudo, nele a atividade de elevar os preços é ato típico do comércio. O comerciante vende mais caro quando pode e mais barato quando precisa, esse direito é garantido no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal. Pensar o contrário do aqui exposto é imaginar que o empresário é obrigado a transacionar por preços tabelados, mesmo que a tabela de preços seja por ele confeccionada. Portanto, elevar preços ou baixa-los, conforme a circunstância, faz parte de seu direito constitucional, e ele pode efetuar isso arbitrariamente, pois seu objetivo é o lucro. Ou seja, o costume indica que a conduta de elevar arbitrariamente é aceitável. No entanto, o artigo 96, I indica que existe um grau de elevação, tida como arbitrária, que consiste em um crime. Notemos a diferença do exemplo do parágrafo anterior, naquele, o costume já proibia a conduta, no caso do artigo 96, I, a conduta é permitida, mas a partir de um determinado patamar ela passa a ser ilícita.

É fácil perceber que a existência do tipo, no caso do 96, I, não está garantindo ao particular conhecimento prévio do que é permitido e do que é proibido. Também não estava no caso do crime de ato obsceno, mas lá a surpresa do cidadão é muito menor, já que ele tem conhecimento ao menos que sua conduta é, de modo geral, reprovável socialmente.

No caso do artigo 96, em seu inciso I, a incerteza sobre onde se separa a legalidade e a ilegalidade da conduta é muito alta. Aqui sua conduta é constitucionalmente permitida, por isso, sua surpresa é muito maior, surpresa essa que pode ser entendida com a ausência de garantia da existência de prévia lei. Portanto, ofende-se assim o princípio da reserva legal na aplicação do valor de mercado como patamar para se determinar a elevação dos preços.

Portanto, a abordagem objetiva é falha por não englobar todos os casos puníveis e, ainda ofende o princípio da legalidade em face da ausência de definição do termo por ela estabelecido (valor do mercado).

A simples leitura do tipo não esclarece a abordagem que foi adotada pelo legislador, todavia a jurisprudência pátria e os órgãos de controle federal, além da Polícia Federal são unânimes em adotar esta abordagem. Como pode ser visto nos julgados transcritos abaixo:

Outro ponto importante é o valor cotado para o serviço de saneamento de bens com a colocação de etiquetas, ao custo de R\$ 92.500,00. Uma vez que o Coordenador de Licitação do TRT 10ª Região apenas anexou cópia da proposta que serviu de base para a estimativa de preços e não detalhou a metodologia utilizada, não é possível aferir a adequabilidade do preço. **É necessário um detalhamento da composição desse custo para avaliar se o valor apresentado está de acordo com o preço de mercado, especialmente porque a proposta que serviu de base para a estimativa de preços é datada de agosto de 2009 e não possui o referido detalhamento.** Segundo consta naquela proposta, o preço do saneamento foi incluído nos demais itens da contratação.(TC 011.737/2011-5)

Na elaboração de orçamentos destinados às licitações, deve a administração desconsiderar, para fins de elaboração do mapa de cotações, **as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado,** de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, conseqüentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado.(Informativo TCU nº 175)

Esta escolha decorre do caráter objetivo do conceito de prejuízo, que consiste em elementar do crime, o que não permite estabelecer dependência com particularidade do preço praticado pelo acusado.

Ademais além da decorrência lógica, é necessário reconhecer a praticidade para a produção de provas na abordagem objetiva. Nesta, basta à realização de perícia munida de tabela de preços de mercado ou de pesquisa específica, para assim determinar o valor do bem ou mercadoria no mercado em que está inserido, tornado assim simples a comparação com o preço contratado, bem como os cálculos, constatando facilmente o prejuízo sofrido.

3.3.2 Abordagem Subjetiva

Já na abordagem subjetiva, a falha é constatada por desrespeitar o direito do contratado de aumentar os preços livremente. Essa abordagem, também, traria dificuldades na análise do suposto prejuízo, pois se a base de análise é o preço que o agente costumeiramente pratica, então o prejuízo dependeria também desse preço. Sendo assim, estaria configurada a estranha situação de termos um prejuízo relativo, que variaria conforme o agente.

Dessa forma poderia haver o sinistro caso de dois agentes sofrerem imputações distintas tendo praticado o mesmo preço em licitações de um mesmo produto, em uma mesma praça. Bastava que o preço que um deles historicamente sempre praticou, ser igual ou superior ao praticado na licitação em estudo. Nesse caso tal ato seria fato atípico por ausência de uma elementar do tipo, qual seja, o prejuízo definido pela abordagem denominada de subjetiva. Já outro agente, poderia ser considerado culpado por praticar o mesmo preço que o primeiro, devido a este preço ser superior ao que ele sempre praticava.

Para o êxito dessa análise seria necessário adentrar na contabilidade da empresa do agente, causando grandes desgastes tanto para o proprietário, como para o ente público. Analisar todas as transações de todos os licitantes é uma atitude inviável e desgastante para todos os que compõem a relação.

3.3.3 Abordagem Circunstancial

Por fim a última abordagem que traz em sua descrição a necessidade de determinar o preço que deveria ter sido cumprido e não foi, apresenta também fortes dificuldades de materialização, em face da necessidade de produção de provas no sentido de determinar qual seria a melhor proposta, se a licitação não tivesse sido fraudada.

É interessante ressaltar que o patamar estabelecido por esta abordagem coincide com um dos princípios basilares da Licitação, transcrito no artigo 3º da Lei 8.666/93, que descreve a necessidade da busca da melhor proposta.

Pode-se considerar que o maior objetivo ao promover um certame licitatório é encontrar justamente a melhor proposta. Todas as formalidades que revestem, o rigor procedimental, são elementos utilizados pela administração para essa difícil tarefa de obter o melhor preço, mostrando o legislador, não só a complexidade da missão, mas também a importância do tema. Sendo assim é necessário indagar por que o ponto referencial para auferir uma ação fraudulenta, não poderia ser um dos requisitos que estabelece a própria existência do instituto.

A licitação é estabelecida para auferir a melhor proposta. Então afirmar que o prejuízo ocorre quando não há escolha da melhor proposta, é reconhecer a própria função da Licitação, é uma espécie de círculo tautológico.

Todavia é justamente por este motivo, que a referida abordagem é a mais compatível, juridicamente, para suprir a lacuna deixada pelo termo “elevar”, na Lei Licitatória. Tal

afirmação decorre do entendimento que se em uma determinada licitação fraudada, a fraude não ocorresse, a licitação ocorreria de forma normal e cumpriria o seu objetivo, qual seja, a obtenção da melhor proposta. Logo se percebe, ser essa abordagem a mais harmoniosa com a ordem jurídica, já que a anteriores ou ofende o princípio da legalidade (objetiva) ou cria uma espécie de tipo subjetivo (subjetiva). No entanto, é a mais difícil de ser obtida na prática, como ficou provada, inclusive com impossibilidades lógicas intransponíveis dentro do sistema.

Quanto ao termo arbitrariamente, inicialmente é possível afirmar que etimologicamente significa “injustamente ou de modo parcial; autoritariamente ou de forma abusiva”, exercendo nesse tipo normativo a função de elemento normativo.

É válido tecer uma breve consideração quanto à função do elemento normativo de um tipo penal, nesse caso representado pela expressão arbitrariamente.

O elemento normativo é caracterizado pela fração da norma penal que necessita da atuação de juízo de valor. De acordo com José Cirilo de Vargas, “os elementos normativos requerem, para sua exata compreensão, uma atitude especial do intérprete, que pode ser de índole estimativa, social, ou jurídica (sem permissão legal, nos limites da lei etc.)”(2012.p.287)

A grande problemática desse termo, está na imensa discricionariedade dada ao termo, não tendo fundamentação para sua constatação conforme a jurisprudência pátria. Ilustrando a situação descrita, transcreve o seguinte julgado, onde é possível visualizar a referida problemática. Vejamos:

A acusação formulada pelo Ministério Público Federal em face dos réus centra-se na afirmação de que eles, de forma livre e consciente, fraudaram procedimento licitatório destinado à aquisição de material médico-laboratorial, mediante elevação arbitrária de preços. Tais condutas, segundo o autor, amoldam-se aos tipos penais descritos no art. 96, I, da Lei nº 8.666/93 e no art. 1º, II, do Decreto-Lei n 201/67, verbis:[...] **Como se observa, trata-se de crimes dolosos, os quais somente se configuram se os agentes realizarem seus núcleos intencionalmente, não sendo incriminadas as condutas neles descritas se forem levadas a efeito culposamente.** Processo: RO 99574 AP Relator(a):Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA Julgamento: 29/11/2010Publicação:PSESS - Publicado em Sessão, Data 02/12/2010.

Essa imensa subjetividade ultrapassa os limites do elemento normativo do tipo, prejudicando a própria subsistência da norma no ordenamento jurídico. Posteriormente o tema será melhor detalhado ao examinar o posicionamento jurisprudencial.

Em meio às imperfeições do tipo, parte da doutrina passou a defender a inconstitucionalidade do tipo penal descrito no inciso I do artigo 96 da Lei Licitação, tendo como ardente defensor, o doutrinador Guilherme Nucci.

Antes de adentrar no mérito do tópico é necessário tecer algumas breves considerações sobre a importância dos princípios no ordenamento jurídico, pois estes consistem na base da argumentação daqueles que sustentam a ideia de inconstitucionalidade deste tipo penal.

Sobre a referida importância, Mello assevera que:

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema.(1980, p.230)

Como asseverado pelo ilustre mestre Mello, os princípios são de suma importância para o ordenamento jurídico, formando uma verdadeira base para a criação dos comandos legais.

Para os que defendem a inconstitucionalidade do tipo, o referido inciso, infligiria um princípio basilar para a economia brasileira, que consistiria no princípio da livre concorrência. Sobre o referido princípio o autor Neto, assevera em artigo sobre o tema, que:

Livre concorrência, portanto, significa a possibilidade de os agentes econômicos atuarem sem embaraços juridicamente plausíveis, em um dado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços, isto é, a livre concorrência procura garantir que os agentes econômicos tenham oportunidade de competir de forma justa no mercado. A liberdade de concorrência é corolário da liberdade de iniciativa, constituindo mesmo a espinha dorsal da economia de mercado, sendo, por isso, também chamada economia da concorrência.(2009,p.2)

Sob o manto do citado princípio Marçal Justen Filho, assevera que:

A elevação de preços não pode ser tipificada como crime. Nesse ponto, o princípio é inconstitucional, por ofender os arts. 5º, XXIII(garantia do direito de propriedade, e 170, IV(livre concorrência). Todo particular tem assegurado a mais ampla liberdade de formular proposta de contratação com a Administração Pública. (200. P. 634)

Nesse mesmo prisma, Guilherme Nucci enuncia que “as partes que participam de uma licitação podem estipular o preço que quiserem para seus bens. Não pode o Estado pretender regular esse cenário sob pena de intervenção indevida na atividade comercial privada.” (2008,p. 806)

É necessário reconhecer que a argumentação proposta pela doutrina é de suma relevância para o estudo do tema, todavia não é possível seu êxito. Concordar com essa tese doutrinária é afirmar que os princípios possuem caráter absoluto, o que não é possível em face da pluralidade destes no ordenamento jurídico, o que torna necessário que todos coexistam em total harmonia, respeitando as limitações propostas pelos demais.

Sob essa égide, cita-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que assegura “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2009, p. 69). A prevalência do interesse público é justificada quando dois bens de mesma natureza estão em conflitos, ou seja quando o patrimônio do particular está em confronto com o patrimônio do ente público. Mas, por mais que se compreenda que não existe direito individual absoluto, na colisão entre a liberdade do particular com o patrimônio público, a primeira vista, entende-se que há uma relativa prevalência daquele.

Pelo exposto é necessário concluir que a coletividade que expressa sua vontade por intermédio do Ente Público, sempre tem interesse em contratar pelo preço que mais justo possível e assim evitar prejuízos. Ora, se o particular eleva o preço de seus bens, com intuito de causar prejuízo a Administração, ele resguarda o seu direito a livre concorrência, mas infringe princípio relevante, que consiste na supremacia do interesse público. Sendo da Administração o dever de evitar a contratação sob essas circunstâncias, demonstrando a supremacia do interesse público. Mas para evitar esse prejuízo, de ordem material, a administração não pode ofender a liberdade do particular.

O trabalho não tem a pretensão de apontar inconstitucionalidade no tipo penal em estudo, mas sem dúvida, as questões aqui colocadas limitam as interpretações condizentes com a Constituição.

3.4 Posicionamento dos Tribunais de Contas e do Judiciário

O tema, ora objeto de estudo da presente pesquisa vem recebendo maior destaque nos órgão de controles como o Tribunal de Contas da União, do que do Poder Judiciário.

De acordo com as abordagens destes órgãos, em muitos momentos citadas no presente estudo, é possível observar alguns posicionamentos retirantes, tornando-se válida seu enunciado pela presente pesquisa.

Dentre as referidas abordagens, é encontrado reiteradamente o posicionamento considerando que a atitude fraudulenta não poderá ser presumida, ou seja, a simples elevação de preço não configura crime, necessitando do dolo específico em causar prejuízo a Administração Pública. Sendo defendido também que esse prejuízo deve-se provar configurado, não podendo ser iminente ou virtual, como já exposto anteriormente.

Confirmando o entendimento acima citado, o STJ afirmou através de um de seus julgados o seguinte:

Analisando o crime que em tese poderia ter sido praticado, verifica-se que a conduta básica do tipo é "fraudar". Nesse sentido, é pacífico o entendimento doutrinário de que a mera elevação de preços não constitui crime caso esteja dissociada de conduta fraudulenta que tenha conduzido a Administração Pública ao erro, contratando serviço por preço que entendia ser devido. (Inquérito 682)

O posicionamento jurisdicional é compreensível e com embasamento teórico como já demonstrado anteriormente por esta pesquisa. Todavia a polêmica abrange com maiores laços o complemento desta fraude que gerou o prejuízo, que consiste na maneira arbitrária que deve ser desenvolvida essa atitude fraudulenta, como descrita pelo tipo penal.

Apesar da existência do estudo jurisdicional acerca da problemática, pode-se afirmar firmemente que ainda não existe amplo interesse em seu estudo, não tendo o tema a devida atenção, que faz jus, em face de sua complexidade.

Alguns aspectos por possuírem relevante importância, serão detalhados abaixo, para compreensão do posicionamento acerca do tema.

3.4.1 Compreensão da expressão “elevação”, segundo os tribunais

Sobre esse tema os tribunais são praticamente unânimes e consideram que elevação de preços ocorre quando é contratado por um valor acima do proposto pelo mercado, adotando o entendimento que classificamos, anteriormente neste trabalho, de objetivo.

Elucidativa é seguinte a decisão condenatória do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2):

Nessas licitações, o superfaturamento das contratações é verificado na comparação **com os preços médios de atacado praticados no Estado do Rio de Janeiro, nos meses dos certames realizados**, segundo o repositório FGV/IBRE – TCE/RJ, o qual já traz ínsita a variação decorrente de aspectos regionais ou sazonais. Nesse passo, em relação ao réu ROBERTO, sócio proprietário da PANIFICADORA PÃO FRANCÊS DE NOVA FRIBURGO, apurou-se um superfaturamento de R\$ 2.137,50, valor menos expressivo (o que será levando em conta quando da dosimetria) do que aquele obtido pelos demais réus, no importe de R\$ 30.737,00, 29.657,00 e 20.746,00 (fls. 486/492) Aqui novamente sobressai o descabimento da comparação dos preços praticados nas licitações com aqueles do comércio varejista, como pretendido pelos réus, tendo em vista a grande quantidade de produtos adquiridos, o que reclamaria a utilização dos preços correntes no atacado. De proto, descabe refutar a tese defensiva consistente na inexistência de superfaturamento tendo em vista os preços obtidos no mercado local, parâmetro flagrantemente descabido, visto que não se pode pretender que a Administração, cujas aquisições observam certa escala, licite tomando como referência os preços pertinentes ao varejo. (2014.p. 4.355)

Em algumas situações foi admitida a abordagem, aqui denominada, subjetiva, ou seja, o judiciário teve uma tendência à adotar que o patamar de elevação deveria ser o preço praticado pelo mesmo agente em outra licitação. Mas são raros casos em que isso é possível. De modo que, em caráter geral, adota-se o denominado valor de mercado como balizamento para se aferir a elevação descrita no tipo do 96, I da lei 8666.

3.4.2 O Valor de Mercado como critério de aferição de elevação de preço

Inicialmente é necessário esclarecer no que consiste o termo “valor de mercado”, de acordo com o entendimento do TCU, já que compõe diretriz para outros órgãos de controles, bem como para a Polícia Judiciária.

O valor de mercado pode ser considerado como o valor médio calculado a partir de pesquisa realizada no mercado de transações do produto em análise. Esse valor médio pode ser a média aritmética ou mediana dos preços pesquisados.

Ao encontrar o valor médio, que é calculado por média aritmética ou mediana, os agentes do TCU podem acrescentar a esse valor médio um fator considerado para a margem de segurança, denominado sobrepreço.

O TCU estabeleceu uma metodologia própria para a definição deste valor, onde consegue por seu intermédio identificar o superfaturamento, como demonstrado por esse trecho extraído do próprio órgão, intitulado como METODOLOGIA DE CÁLCULO DO DÉBITO, 7ª Secretaria de Controle Externo 3ª Diretoria – Secex-7, TCU.

Tendo em vista que a maioria absoluta dos fornecedores (cerca de 80%) efetuou a maior parte das aquisições (cerca de 70%) por, no máximo, **10% (dez por cento)** acima dos preços médios de mercado, incluindo, nessa amostra, dezenas de convênios cujos objetos foram adjudicados a empresas do Grupo PLANAM, considerou-se **superfaturamento** aqueles preços que os superassem em 10% esses novos preços médios de mercado calculados, ou seja, em termos matemáticos, o valor pago acima de 1,10 x Valor Médio de Mercado. (2012, pag 4)

Nessa acepção é importante transcrever a definição de superfaturamento e sobrepreço. De acordo com o TCU:

O Sobrepreço ocorre quando uma cotação de um bem ou serviço é superior ao valor praticado pelo mercado. Já o Superfaturamento se verifica após a regular liquidação da despesa, ou seja, depois da aquisição, faturamento e pagamento de um bem ou serviço. (Tribunal de Contas da União, Acórdão 316/2006, Relator: Ubiratan Aguiar, Órgão Julgador: Plenário, Sessão 15/03/2006)

Essas definições de sobrepreço e superfaturamento são também utilizadas pela Polícia Federal. É necessário esclarecer que as Polícias de âmbito estadual não foram analisadas pela presente pesquisa por conta da pequena casuística do crime aqui estudado nestas instituições.

No âmbito policial, o corpo de peritos é responsável pela aferição da ocorrência de sobrepreço ou superfaturamento. A resposta a essas perguntas é um dos elementos utilizados pela autoridade policial para a configuração da ocorrência do crime do artigo 96,I da lei 8666.

Portanto, no exemplo citado de metodologia do TCU, foi previsto uma margem de 10% acima dos preços médios, sendo que estes 10% a mais englobaria 70% das transações pesquisadas. O que induz a conclusão que 30% das transações realizadas no mercado pesquisado seriam consideradas superfaturadas, de acordo o TCU.

Os conceitos ora apresentados são de suma importância em face da patente necessidade do magistrado em se basear em prova técnica para a perfeita tipificação do crime, dada a complexidade de definição do que seja elevação, valor de mercado, entre outros.

De certo que os julgados analisados são unânimes em se referir a um Laudo da Perícia da Polícia Federal, ou Relatório da CGU ou Acórdão/ Relatório do TCU. Sendo assim, os julgados de forma indireta, adotam as definições aqui apresentadas.

3.4.3 O Termo “Arbitrariamente”

Por fim, outro entendimento unânime consiste no que não seja qualquer elevação, mas a elevação arbitrária, sem justa causa que configura a ocorrência do crime.

Os julgados mostraram que a definição de arbitrário decorreu da mera opinião do magistrado, sem estar fundamentada muitas vezes em nenhuma prova técnica. Fruto, portanto, da convicção particular do juiz.

Em todos os julgados analisados foi demonstrado que em nenhum momento é possível verificar justificativa da utilização do termo, por parte do órgãos de controles. Senão vejamos, por intermédio da jurisprudência, que segue abaixo:

A acusação formulada pelo Ministério Público Federal em face dos réus centra-se na afirmação de que eles, de forma livre e consciente, fraudaram procedimento licitatório destinado à aquisição de material médico-laboratorial, mediante elevação arbitrária de preços. Tais condutas, segundo o autor, amoldam-se aos tipos penais descritos no art. 96, I, da Lei nº 8.666/93 e no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, verbis:[...] **Como se observa, trata-se de crimes dolosos, os quais somente se configuram se os agentes realizarem seus núcleos intencionalmente, não sendo incriminadas as condutas neles descritas se forem levadas a efeito culposamente.** Processo: RO 99574 AP Relator(a):Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA Julgamento: 29/11/2010 Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 02/12/2010.

Como é observado, a jurisprudência transparece a abstração do termo, já que para ocorrer a punição deve-se demonstrar a intenção do agente, sendo essa a maior dificuldade, ou seja, reconhecer a finalidade da ação que provocou a elevação arbitrária, o que contribui para a tese defendida por esse estudo, que visa demonstrar a fragilidade do tipo penal analisado.

O tipo descrito pelo inciso I do artigo 96 da Lei Licitatória, como relatado nesta pesquisa, é praticamente considerado inconstitucional, todavia essa não é a tese defendida pelo presente estudo, mas serve pra evidenciar que há, no mínimo, suspeita de uma má técnica legislativa em sua confecção.

Apesar de todas as dificuldades já relatadas, ainda é possível acreditar em sua aplicação, desde que haja um efetivo cumprimento dos princípios do Direito Penal, que compõe a base normativa pátria.

É necessário admitir que o tipo penal possui um alto grau de abertura, requerendo preenchimentos de suas vastas lacunas, como ocorre na definição das expressões “elevação” e de “arbitrária”.

Infelizmente a jurisprudência pátria optou preencher as lacunas por meios que ofendem o Princípio da Taxatividade e da Anterioridade.

A primeira dificuldade reside na conceituação da expressão “elevar”, que não estabeleceu um patamar como referencial. Os tribunais, vislumbrando uma maior facilidade e com ausência de capacidade técnica sobre o tema, entre o corpo judiciário, optaram por seguir o entendimento do Tribunal de Contas da União-TCU.

Como já elencado o Tribunal de Contas da União- TCU adota de modo geral o entendimento que o patamar a ser considerado deva ser o denominado “valor de mercado”. Aduz ainda como o valor de mercado deve ser encontrado e criar tabelas de preços resultados dessa metodologia.

Considerar o valor médio dos preços praticados no mercado é induzir à acreditar que a Administração Pública deva contratar seus preços de acordo com valor de mercado. Porém é necessário frisar que os particulares nem sempre podem estabelecer com a Administração Pública o mesmo valor praticado com outros particulares, por vários motivos relacionados aos custos de negociar com Ente Público, como por exemplo, o recebimento posterior a prestação, auditorias, cláusulas de caráter exorbitantes, dentre vários outros motivos. Podendo também ser um preço bem inferior ao usado com particulares, pelo fator da escala utilizada pela Administração.

Outro componente da problemática reside na metodologia utilizada pelo Tribunal de Contas da União-TCU, supramencionada, ao considerar como superfaturamento 30% das

transações realizadas em um dado mercado. Ou seja, há preços regularmente contratados por particulares, em transações normais, que poderiam ser considerados elevação arbitrária pelo Judiciário.

De modo que essa duas críticas apresentadas em relação a técnica da escolha do valor de mercado torna claro à ofensa ao princípio da taxatividade, a partir do momento que se torna incoerente a utilização do termo arbitrário para os citados casos.

Todavia a principal crítica em relação à adoção do valor de mercado é a ausência de uma anterior previsibilidade concreta, forçando o cidadão a se submeter a tabelas de preços futuras, onde o mesmo não possui nenhum conhecimento.

De fato, o aplicador do direito tem se utilizado de um elemento infralegal para preencher os vazios interpretativos do tipo do inciso I do artigo 96, da lei 8666/93, ou seja, transformou o tipo penal aberto em uma norma penal em branco, mas sem a devida mudança legislativa, ofendendo assim o princípio da anterioridade e da taxatividade.

É válido frisar que a Lei Licitatória em nenhum momento proibiu a conduta de contratar com preços superiores ao do mercado, fazendo apenas uma recomendação em seu artigo 15, elencando que o órgão licitatório deve “V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.”

Esta recomendação é direcionada ao agente público e não ao particular licitante, único capaz de cometer o crime descrito no inciso I do artigo 96 da Lei Licitatória. Portanto não existe a referida obrigação para o particular em praticar o preço compatível com os preços médios praticados.

É válido afirmar que o entendimento jurisdicional é de suma importância, já que fornece azo para o início de uma discussão, que fornecerá subsídios para o seu aperfeiçoamento.

Importante também ressaltar que toda a discussão aqui proposta pode ser aplicada em outras hipóteses de enquadramento da conduta de elevação arbitrária de preços. Principalmente pelo 96,I não se aplicar a serviços e obras de engenharia, no âmbito das polícias, tem se tentado enquadrar a conduta de elevar preços como sendo ou estelionato ou, se em conluio com agente público, no crime de peculato.

No crime de estelionato (art.171,CP), o prejuízo é elemento do tipo. Determinar o prejuízo depende da determinação do preço a partir do qual a contratação seria considerada danosa para a administração. Ou seja, ter-se-ia a mesma problemática apresentada nesse trabalho, dos critérios de escolha desse patamar de preço.

No crime de peculato (312,CP) na modalidade desvio, tem-se a expressão desviar valor ou dinheiro em benefício do agente ou de terceiros. Cabe adiantar que para enquadrar a conduta de elevação arbitrária de preço no crime de peculato, é necessária a participação do agente público. Mas além disso, haveria de considerar que o desvio decorre dessa elevação de preço. Mais uma vez surge aqui a necessidade de determinar o patamar da elevação.

Ou seja, para se criminalizar a elevação de preços em uma licitação, necessário se torna a determinação do patamar referencial para a análise. Seja qual for o tipo penal que os operadores de direito enquadrem a conduta, seja no 171 ou 312 do Código Penal ou no 96,I ou V da Lei 8.666/93, a determinação desse patamar é necessária. Com essa determinação, toda a problemática já discutida anteriormente aparece, principalmente a ofensa ao princípio da taxatividade.

4 4 POSSIVEL MEIO SOLUCIONADOR PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 96 DA LEI DE LICITAÇÕES: MODIFICAÇÃO DO TIPO PENAL EM ABERTO EM NORMA PENAL EM BRANCO

Como vastamente demonstrado, a abertura do tipo penal ora em estudo, se mostra desnecessária e, para alguns, até inconstitucional. Demonstrou-se também que a aplicação prática do tipo tem se mostrado ofensiva ao princípio da legalidade e da reserva legal.

Todavia mesmo diante de toda essa problemática exposta é possível imaginar uma aplicação que respeitaria os princípios constitucionais.

Para sua exteriorização seria necessário utilizar a abordagem intitulada de circunstancial na presente pesquisa para a determinação do patamar de elevação, ou seja, considerar o preço que deveria ter sido adotado na licitação mas não foi devido a fraude.

O prejuízo seria definido pela diferença entre o preço efetivamente praticado e o preço que deveria ser adotado, e a arbitrariedade resultaria do fato do agente não ter justificativa para realizar essa elevação.

Evidente que a prova necessária para se encontrar o preço que deveria ser contratado e não foi, é de difícil obtenção, seria quase obrigatória, prova resultante de escuta telefônica ou um documento que deixasse claro qual que seria praticado na licitação fraudada. Dessa forma, se escaparia do nebuloso conceito de valor de mercado e do desrespeito ao princípio da taxatividade provocado pelo seu uso.

Reconhecendo a dificuldade de se aplicar na prática a interpretação exposta, assim como a necessidade de proteger o patrimônio público através de norma penal, é que aqui se proporá uma solução que visa atender esses anseios, mas respeitando os princípios constitucionais.

A solução mais adequada pra essa problemática é promover a legalização da prática jurisdicional, ou seja transformar o tipo penal aberto em norma penal em branco.

A maior crítica existente no tipo em análise reside na dificuldade de caracterização da conduta de elevar o preço de forma arbitrária, em face da ausência de prévia informação ao particular que irá participar do certame.

Como demonstrado pela presente pesquisa, o Tribunal de Contas da União-TCU, bem como o Judiciário, buscando soluções para essa dificuldade estabeleceram que o patamar para caracterizar esta elevação seria o preço de mercado.

O citado preço de mercado é de caráter genérico, extremamente delineado por abstração, o que prejudica os participantes da licitação, por não terem prévio conhecimento dos valores que o comporão. Para obter o citado valor de mercado é necessário uma pesquisa mercado, como foi demonstrado no presente estudo, porém o órgãos de pesquisa (Fipe, IBGE, FGV) só publicam os resultados nos meses seguintes. Desse modo, quando da ocorrência de uma licitação em um determinado dia do mês, ainda não se sabe qual será o resultado da pesquisa que só posteriormente será publicada.

Portanto, o particular além de não ser obrigado a fundar seus preços em tabelas produzidas por órgãos oficiais, não teria nem como nelas se basear, porque as referentes ao mês de ocorrência da licitação só são produzidas no mês seguinte.

Sendo assim a solução que resolve o desrespeito ao princípio da reserva legal, é utilizar as tabelas oficiais dos órgãos de controle, como referência da norma penal em branco na qual o tipo do 96,I se transformaria. E por respeito princípio da legalidade, seria utilizada a última tabela publica antes da licitação em estudo.

Um exemplo de tabelas desses tipo é produzida pela Caixa Econômica Federal-CEF, que propõe uma pesquisa mensal que informa os custos e índices das construções civil, sendo utilizada para planejamentos e investimentos, e concretizada pelo (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil).

Seu funcionamento ocorre da seguinte maneira:

A rede de coleta do IBGE pesquisa mensalmente preços de materiais de construção, equipamentos e salários das categorias profissionais, junto, respectivamente, a estabelecimentos comerciais, industriais e sindicatos da construção civil, nas 27 capitais da Federação. (Site oficial da CEF, acesso em 08/10/14 às 18:09)

Em suma, sugere-se que o referido tipo penal faça referência a tabelas oficiais de preço, anteriormente produzidas, para basear o que se considera a elevação de preços.

5 5 CONCLUSÃO

Conclui-se ao término dessa pesquisa que o artigo 96 da Lei 8.666/93, especificadamente o seu inciso I é caracterizado por diversas problemáticas, diga-se de passagem, de difícil solução, beirando inclusive a inconstitucionalidade.

Como verificado, esse dispositivo legal se mostrou extremamente aberto. É possível afirmar que esta abertura interpretativa se configura pelo uso de termos abstratos e sem referenciais, caracterizados pelas expressões “elevando” e “arbitrariamente”, que inviabilizam a aplicação de princípios basilares como o da legalidade, pedra angular do direito pátrio.

Em decorrência da citada abertura, a prática jurídica, em uma tentativa de sanar as imperfeições institui uma abordagem para a expressão “elevar”, adotando o preço de mercado como referencial, em decorrência da sua objetividade e praticidade. Infelizmente essa solução prejudica princípios de suma importância, como o da taxatividade e o da legalidade, em face da imprevisibilidade das informações que se irão caracterizar o futuro preço de mercado.

Essa utilização de valor de mercado como parâmetro, mais precisamente através de planilhas de preços oficiais, é perfeitamente condizente com os princípios que regem o contrato administrativo, definidos na lei 8.666/93. Na seara administrativa, se permite essa utilização porque o agente, em caso de sanção imposta, responderá com o seu patrimônio. Portanto ter-se-ia, neste caso, o conflito entre o patrimônio do particular e o patrimônio público. Assim, a supremacia do interesse público possibilitaria que, mesmo o particular que contrata com a licitação não conheça de antemão as definições de valor de mercado (nem as tabelas de preços oficiais), ainda assim ele responda com seu patrimônio em caso de lucros considerados excessivos.

A palavras chaves são razoabilidade e proporcionalidade. Já no âmbito penal têm-se de um lado a liberdade do particular e do outro o patrimônio público. Fica evidente que nem tudo que seria razoável na esfera administrativa seria razoável na esfera penal. Portanto, a utilização de tabelas oficiais de preços para definir contratos superfaturados pode ser razoável na esfera administrativa, mas isso não implica que seja razoável na esfera penal.

Não se pretende afirmar que a utilização do valor de mercado para definir a elevação indicada no tipo seja por si só inconstitucional. Mas entende-se que existindo-se maneiras

menos ofensivas de proteger o bem jurídico desejado, no caso o patrimônio público, elas devem ser utilizadas por respeito ao princípio da proporcionalidade.

Diante disso, para solucionar os problemas elencados na aplicação prática do tipo do 96,I, sugeriu-se uma mudança legislativa que transformaria o tipo penal em penal em branco heterogêneo, cuja complementação seria feita a partir de sistemas de pesquisas de preço, hoje, já vastamente utilizados por tribunais de conta.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. **Licitação ou concorrência para fornecimento à Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999
- BELINELO, Antônio. **Vade Mecum RT**. 6ª, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006
- BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BLACK, H.C. **Black's Law Dictionary**. 4. ed. St. Paul (EUA): West Publishing Co., 1968.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 25ª.ed: Atlas, 2012
- ECHANDÍA, Alfonso Reyes. **Tipicidad**. 6. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999
- FULWIDER, D.D. **Recognizing Fraud Indicators. International Journal of Government Auditing**, s.l. : Intosai (International Organization of Supreme Audit Institutions), Vol. 26, n.2, pp 13-14, Abril 1999.
- FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Edição. São Paulo. 2011
- GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação** .4ªedição. São Paulo. 2011
- GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro. Impetus: 2003.
- HORA, Carolina Prado da. **A resolução dos conflitos de direitos fundamentais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7635>. Acesso em 17 de outubro 2014, às 08:26

MACEDO, G.J.L. **Licitações - Competições ou Fraudes - Realidades, Mitos e Combates** **Dissertação (pós-graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público) - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ,2009.** Disponível em:

http://www.mp.am.gov.br/images/stories/Mono_GERALDOMacedo.pdf Acesso em: 20 de Setembro.2014, às 07:10.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal: volume 1-propedêutica penal e norma penal**, São Paulo: Saraiva, 1954.

MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**.14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo, 1980.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**.Parte Geral, São Paulo. Editora Atlas:2003

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal-Parte General**, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUING, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

NUNCCI. Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais comentadas. São Paulo**. Editora Revistas do Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Parte geral e parte especial.Manual de direito penal**.6. ed.São Paulo: RT, 2009

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**– V. 1. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, J.C.G. 2004. **Auditoria de Fraudes: Detecção e apuração de fraudes nos convênios federais. Trabalho de Conclusão de Curso (pós-graduação em Controle Externo) - Instituto Serzedello Côrrea,TCU,2004.**

Disponível em:<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053722.PDF>> Acesso em: 4 fev. 2013

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico**.

Versión castellana del Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**– 4ª. ed. – Curitiba :ICPC; Lumen Juris, 2005.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **A função de garantia da lei penal. Considerações a cerca do principio da legalidade.** Estudos Jurídicos, São Leopoldo , v. 34, nº 91.

SOARES, I.V. **Fraude nas Gestões Públicas e Privadas.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

VARGAS, José Cirilo de. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro : parte geral – 5ª. ed. rev. atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.**