

**VONTADE DA CONSTITUIÇÃO E CRIME LICITATÓRIO DO ART. 89  
DA LEI 8.666: AMBIENTE EMPRESARIAL NO CAPITALISMO  
BRASILEIRO DE COMPADRIO, DIANTE DO CONTROLE JUDICIAL PENAL  
PÓS-OPERAÇÃO LAVA JATO, E PROPOSTAS PARA UNIR O BRASIL  
CONTRA CRISE ÉTICA, POLÍTICA E ECONÔMICA NOS PROCESSOS DE  
CORRUPÇÃO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

*THE WILL OF THE CONSTITUTION AND BIDDING CRIME IN ARTICLE 89 OF LAW  
8.666: BUSINESS ENVIRONMENT IN THE BRAZILIAN CAPITALISM OF FAVORS  
BEFORE THE JUDICIAL CONTROL OF POST CAR WASH OPERATION; PROPOSALS  
TO UNITE BRAZIL AGAINST THE ETHICAL, POLITICAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE  
CORRUPTION PROCESSES IN BIDDINGS AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS*

**JERSON CARNEIRO GONÇALVES JÚNIOR**

Pós-Doutor pela UERJ. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Pós-Graduado pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha, em Tributação Internacional. Professor do Ibmec/RJ de Direito Administrativo e Constitucional. Professor de Direito Tributário do MBA da Fundação Getúlio Vargas. Advogado em Direito Administrativo e Infraestrutura no Rio de Janeiro.  
jersoncarneiro@hotmail.com.br

**LEONARDO CARDOSO DE CASTRO DICKINSON**

Pós-Graduando pela ABDConst/RJ. Graduado pelo IBMEC/RJ. Advogado Criminalista.  
lccdickinson@gmail.com

Data de recebimento: 04.09.2017

Data de aprovação: 10.10.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Administrativo; Penal

**RESUMO:** Este artigo é resultado de pesquisa acerca dos impactos da corrupção, na crise ética, política e econômica nas situações indevidas de dispensa e inexigibilidade de licitações, culminando no crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 – objeto

**ABSTRACT:** The present article is a result of research regarding the impacts of corruption on the ethical, political and economic crisis involving spurious situations in which public biddings are waived, culminating in the crime anticipated

central do presente trabalho – o que favorece o capitalismo de compadrio e a negociata entre agentes políticos e o empresariado, perpetuando, dessa forma, o ciclo vicioso da corrupção. Posteriormente, traça alguns contornos acerca de hipóteses práticas de direito material e processual no tocante à Lei Nacional de Licitações. Por fim, a proposta dos autores para a necessária mudança comportamental que proporciona todos esses graves escândalos de corrupção, infelizmente banalizados pelo cotidiano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação – Dispensa – Inexigibilidade – Corrupção – Capitalismo.

in article 89 of the Brazilian Bidding Law – which fosters the capitalism of favors and illicit negotiations between political agents and businessmen, thus perpetuating the vicious cycle of corruption. Subsequently, the article explores ideas about practical hypothesis of material and procedural law within the scope of the Brazilian Bidding Law. Finally, the authors propose a necessary behavioral shift in hopes to put an end to the corruption scandals, sadly banalized day by day.

**KEYWORDS:** Law – Bidding – Waiver – Corruption – Capitalism.

**SUMÁRIO:** 1. Vontade da Constituição e crimes licitatórios do art. 89 da Lei 8.666/1993.  
2. Ilegalidade nas contratações dispensadas, dispensáveis e nas inexigibilidades: art. 89.  
2.1. Dispensa de licitação.

## 1. VONTADE DA CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup> E CRIMES LICITATÓRIOS DO ART. 89 DA LEI 8.666/1993

A Licitação<sup>2</sup> visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo a isonomia entre os licitantes. O art. 37, XXI, da CF/

1. “5.3.4. Por ser o valor constitucional primário (esse princípio dos princípios mantém com a Constituição, mais que uma relação de pertinência, uma relação de inerência: ele é ela mesma, ela mesma é ele. O que já significa dizer: caso extirpado da Constituição, ele, valor síntese, inelutavelmente deflagraria sobre a quase totalidade dos demais valores uma mudança qualitativa de tal ordem que chegaria às raias de um mortal efeito dominó. 5.3.5. É de conveniência didática a repetição: caso extirpado do Magno Texto o valor que é a própria síntese da imensa maioria dos demais, praticamente nada restaria, em essência, desse mesmo texto. Da mesma Constituição já não se cuidaria, em rigor, pois, sendo o princípio dos princípios o próprio ser da Constituição, a sua extirpação implicaria o absurdo de apartar a Constituição de si mesma. É como dizer: faltando à Constituição o seu próprio ser, tudo o mais vai lhe faltar, pois a Constituição deixa de fazer parte das coisas presentes. Incorpora-se ao passado, que é o mundo das evanescentes lembranças do que já existiu, do que já se despediu da vida. 5.4.2. Por que não repetir? Se o princípio por excelência é o que mais repassa a sua materialidade para os outros, o que mais se faz presente na ontologia dos demais princípios, esse mega princípio é o da Democracia. Por isso que ele transluz em cada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (incisos de I a V do art. 1º da Carta de 1988) e em toda cláusula pêtrea explícita da nossa atual experiência constitucional (incisos de I a IV do § 4º do art. 60 da mesma ‘Constituição-cidadã’). Além de justificar em todo o art. 3.º do mesmo Diploma

1988,<sup>3</sup> estabelece que a Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve realizar licitação para posterior contratação.

O art. 22, XXVII, da CF/1988 prescreve competir à União estabelecer as características<sup>4</sup> das normas gerais<sup>5</sup> (Lei Nacional) a respeito de licitação e con-

---

Fundamental. 5.4.3. É exigência da verdade o dizer-se que nos países do Ocidente não se conhece um só colegiado constituinte de livre investidura eleitoral – ungido, portanto, nada batismal das mãos límpidas do voto popular – que não fizesse da Democracia a alma da Constituição por ele promulgada. E Democracia, no inequívoco sentido de troca de lugar ou mudança topográfica do povo, que da plateia passa para o palco das decisões que a ele digam respeito; ou seja, o povo a sair da passiva posição de espectador para a ativa posição de ator político, a começar pela mais importante das decisões coletivas, que é ‘a decisão política fundamental’ (locução de que se valia Carl Schmitt para falar do ato de vontade gerador da Constituição e, concomitantemente, da Constituição em sentido material)” (BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 182-183).

2. GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro. *Direito administrativo*. Ed. Conceito, 2009. v. 1.
3. GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; GARCIA, Maria; MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Maria Ivan Simões. *Constituição e legislação de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
4. “Características das normas gerais. A tabulação das diversas colocações doutrinárias, trazidas a este trabalho, resultantes da elaboração de diversos autores, permite a identificação de certas características mais comuns e frequentemente indicadas. Sintetizando-as, a partir dessas características, as normas gerais seriam institutos que: a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (Bolher, Maunz, Burdeau, Pontes, Pinto Falcão, Cláudio Pacheco, Shaid Maluf, José Afonso da Silva, Paulo de Barros Carvalho e Marco Aurélio Grecco); b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (Matz, Bühler, Maunz, Pontes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Marco Aurélio Grecco); c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (Pinto Falcão, Souto Maior Borges, Paulo de Barros Carvalho, Carvalho Pinto e Adilson Abreu Dallari); d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas (Pinto Falcão, Carvalho Pinto e Adilson Abreu Dallari); e) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (Paulo Barros Carvalho e Geraldo Ataliba); f) devem referir-se a questões fundamentais (Pontes e Adilson Abreu Dallari); g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (Pontes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Adilson Abreu Dallari); h) não são normas de aplicação direta (Cláudio Pacheco)” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação de normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 100, ano 25, out.-dez. 1988. p. 150-151).
5. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159. A União legisla sobre os interesses gerais, ou seja, sobre as

---

GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; DICKINSON, Leonardo Cardoso de Castro. Vontade da Constituição e crime licitatório do art. 89 da Lei 8.666: ambiente empresarial no capitalismo brasileiro de compadrio... *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. n. 4, ano 2, p. 65-112. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018.

tratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido ao disposto no seu art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do seu art. 173, § 1º, III.

O art. 173, § 1º, III, por sua vez, foi regulamentado pela Lei 13.303/2016<sup>6</sup> que estatui sobre a licitação para as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, observados os princípios da Administração Pública.

A Lei 8.666/1993, alterada, sobretudo, pelas Leis 8.883/1994, 9.648/1998, 9.854/1999, 10.438/2002, 10.973/2004, 11.079/2004, 11.107/2005 e 11.196/2005, regulamenta o art. 37, XXI, da CF/1988, instituindo normas gerais para licitação e contratação. A competência da União para instituir normas gerais<sup>7</sup> acerca de licitação e contratação não exclui a competência das demais pessoas

---

normas gerais. A doutrina não é unânime na conceituação de normas gerais. Kildare Gonçalves Carvalho conceitua *como sendo como princípios, bases, diretrizes, que sustentam um sistema jurídico*. Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto enfrenta o problema do conceito de normas gerais relacionando as suas características e, após estudo aprofundado, aduz que *nessa relação há, todavia, um elemento comum: a ideia de que há, sem sombra de dúvida, um sentido limitativo nas normas gerais*, e conceitua como “Declarações principiológicas que cabe à união editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”.

6. A Lei 13.303/2016 dispõe sobre o regulamento próprio das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
7. “Qualquer defesa que se faça do papel das normas gerais tributárias para a segurança jurídica – e nós não deixamos de sublinhar sua importância – não pode esquecer esta opção. O assunto tem, pois, uma relevância que ultrapassa a querela formalista, pois segurança jurídica, como se viu, é também um assunto de natureza política. Neste sentido quer-nos parecer que, dentro da realidade brasileira atual, a qual, de um lado, sofre as consequências dos personalismos e individualismos próprios de sua cultura, de outro, as tentações de um autoritarismo tutelar que mal se disfarça, a necessidade e a importância das normas gerais tributárias para a segurança jurídica devem, *prima facie*, ser sublinhadas. Eliminá-las é um risco muito grande, que nos obrigaria a acreditar numa ordem espontânea, capaz de, por si só, responder às exigências da justiça, o que, certamente, não é de se aceitar, sobretudo se olharmos nossa tradição. Por sua vez, acreditar também que sua presença, no sistema tributário, seja, por si só, garantia de segurança, é também uma ingenuidade que se deve evitar” (FERRAZ

políticas para editar normas específicas sobre a matéria.<sup>8</sup> A dificuldade está, como adiante será referido, em estabelecer a composição entre normas gerais e normas específicas.

Existe, ainda, a Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada “pregão”, no âmbito de todas as pessoas políticas.

Para as concessões e permissões<sup>9</sup> de serviços públicos, a Constituição Federal também exige que seja realizada mediante licitação, nos termos do art. 175. A esse respeito, existe a Lei 8.987/1995, que admite aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, conforme dispõe o seu art. 18, *caput*.

*Nesse sentido, a licitação é obrigatória*, segundo a Constituição Federal, para os contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessão e permissão de serviços públicos (arts. 37, XXI e 175). O art. 2º da Lei 8.666/1993 impõe a licitação para as obras, serviços (inclusive de publicidade), compras, alienações, concessões, permissões e locações. A realização de licitação prévia à contratação é, portanto, a regra.

Excepcionalmente, a licitação não será realizada, por não ser obrigatória; isso ocorre nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação. Para se diferenciar a dispensa da inexigibilidade de licitação deve se indagar se há ou não possibilidade de competição nas contratações, e, caso não seja observada a Lei 8.666/1993, poderá ser caracterizado como crime licitatório.

## 2. ILEGALIDADE NAS CONTRATAÇÕES DISPENSADAS, DISPENSÁVEIS E NAS INEXIGIBILIDADES: ART. 89

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

---

JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais. *Revista de Direito Tributário*, n. 17-18, jul.-dez. 1981. p. 56).

8. Entre todas, ressalte-se a Lei 2.831/1997, do Estado do Rio de Janeiro, que trata do regime de concessão de serviços e de obras públicas e de permissão da prestação de serviços públicos; e a Lei 6.544/1989, do Estado de São Paulo, que versa sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica do Estado.

9. MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Inicialmente para sabermos se constitui tipo penal dos crimes licitatórios, convém diferenciar a dispensa da inexigibilidade de licitação, bem como deve se indagar se há ou não possibilidade de competição.

Há inexigibilidade de licitação sempre que exista impossibilidade de competição, seja em razão da singularidade do objeto pretendido pela Administração Pública, seja em decorrência da singularidade do sujeito a ser contratado.

Ocorre a dispensa de licitação se, embora haja a possibilidade de competição, a licitação pode não ser realizada, por conveniência do Administrador Público.

Tanto na hipótese de inexigibilidade de licitação, quanto na de dispensa, a contratação feita pela Administração Pública será direta, ou seja, sem prévio procedimento licitatório.

### 2.1. *Dispensa de licitação*

A dispensa de licitação se biparte em: licitação dispensada e licitação dispensável. A primeira é aquela declarada como tal pela própria lei, está contida no art. 17, I e II. O inc. I trata da alienação de bens imóveis, estabelecendo os casos em que a licitação é dispensada nas alíneas *a* a *f*. Exemplo: é dispensada a licitação para dação de bem imóvel em pagamento.

O inc. II trata da alienação de bens móveis, com descrição dos casos em que a licitação é dispensada nas alíneas *a* a *f*. Exemplo: permuta de bens móveis entre órgãos ou entidades da Administração Pública.

A segunda é aquela que a Administração Pública pode deixar de fazer, segundo um juízo discricionário. São 26 os casos enumerados na lei, mais precisamente no art. 24, segundo quatro critérios:

- a. em razão do pequeno valor;*
- b. em razão de situações excepcionais;*
- c. em razão do objeto;*
- d. em razão da pessoa.*

A seguir o quadro que estabelece os critérios de diferenciação:

#### *Dispensa de licitação: Licitação dispensável X Licitação dispensada*

São hipóteses de dispensa de licitação todas as situações em que, embora exista viabilidade jurídica de competição, a Lei autoriza a celebração direta do contrato ou mesmo determina a não realização do procedimento licitatório.

|  |   |
|--|---|
| <p><i>Licitação dispensável</i> – As hipóteses de licitação dispensável têm rol taxativo no art. 24 da Lei 8.666/1993:</p>   | <p><i>Licitação dispensada</i> – Licitação juridicamente possível, mas não será realizada porque a própria Lei diretamente dispensa sua realização, ou seja, não há discricionariedade da Administração, a licitação não poderá ser realizada pelo administrador.</p>   |
| <p>Dispensada – a lei dispensa a realização da licitação. Não existe discricionariedade da Administração, e a lei afirmou que, embora fosse juridicamente possível, está a situação dispensada.</p> <p>A Lei 9.074/1995 também trata de dispensa de licitação:</p> <p>Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação</p> | <p>Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:</p> <p>I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, <i>dispensada nos seguintes casos</i>:</p> <p>a) dação em pagamento;</p> <p>b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas <i>f, h e i</i>;</p> <p>c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inc. X do art. 24 desta Lei;</p> <p>d) investidura;</p> <p>e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;</p> <p>f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;</p> |

|  |  |
|--|--|
|  | <p>g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;</p> <p>h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;</p> <p>i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;</p> <p>II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:</p> <p>a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;</p> <p>b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;</p> <p>c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;</p> <p>d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;</p> <p>e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da</p> |
|--|--|



|  |  |
|--|--|
|  | <p>Administração Pública, em virtude de suas finalidades;</p> <p>f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.</p> |
|--|--|

## 2.2. Inexigibilidade de licitação

A licitação é inexigível se houver inviabilidade de competição. A inviabilidade de competição existe em duas hipóteses:

a) Em razão da singularidade do objeto: nessa hipótese, só existe um objeto pretendido pela Administração Pública, daí porque a competição é inviável. Exemplo: Contratação do show do artista Zeca Pagodinho em Brasília/DF.<sup>10</sup>

b) Em razão da singularidade do sujeito: nessa hipótese, embora possam existir vários objetos pretendidos pela Administração Pública, só existe um ofertante. Nossa legislação a isso denomina *produtor ou fornecedor exclusivo*.

O art. 25 da Lei 8.666/1993 enumera casos em que a licitação é inexigível, embora tal rol não seja exaustivo ou taxativo, mas simplesmente exemplificativo. Ademais, o próprio artigo assim dispõe ao prescrever que a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, mas acrescentando, *em especial quando*.

Assim, segundo o artigo supracitado, a licitação é inexigível:

- Inc. I: para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
- Inc. II: para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

10. Exemplo de contratação direta por inexigibilidade, disponível em: [<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/11/justica-inocenta-zeca-pagodinho-por-fraude-na-contratacao-de-show-no-df.html>]. Acesso em: 24.05.2017.

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

O art. 13 da Lei 8.666/1993 enumera um *rol exemplificativo* dos serviços técnicos profissionais especializados dos trabalhos relativos a:

- I – estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou executivos;
- II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

A *notória especialização* vem disciplinada no art. 25, § 1º, da Lei, sendo entendido dessa forma o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

É importante ressaltar que na Lei nacional de licitação 8.666/1993, a sanção pecuniária tem características próprias, com tratamento diferente dos que estão prescritos nos arts. 49 a 52 do Código Penal,<sup>11</sup> todos recepcionados pela Constituição de 1988. A pena está prevista cumulativamente com a pena privativa de liberdade nesse tipo penal e em todos os crimes definidos pela lei (arts. 89 a 98).

De acordo com a regra do art. 99, a pena pecuniária haverá de corresponder ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. Será ela fixada na sentença e calculada em índices percentuais, que não poderão ser inferiores a 2%, nem superiores a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado. O produto da arrecadação da pena pecuniária reverterá à Fazenda Pública lesada (Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal).

---

11. Ver Penas pecuniárias no Código Penal em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1.

### 2.3. Crimes licitatórios<sup>12</sup>

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, entre os quais a imperatividade (já salientamos os efeitos do desrespeito a normas imperativas<sup>13-14</sup>).

As normas constitucionais não apenas são normas jurídicas, como *têm um caráter hierarquicamente superior*. A Constituição, como norma organizativa dos Poderes do Estado, da Política Administrativa e dos direitos fundamentais contra o uso e abuso do exercício do poder, é a fonte primeira do *direito* Administrativo porque ela dá suporte de validade às demais normas no sistema jurídico. Disso resulta que o direito constitucional, tanto como os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja a efetividade. A *efetividade* que designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela, segundo Luís Roberto Barroso, “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado”<sup>15</sup>. O jurista conclui tal pensamento da seguinte forma:

- 
12. Recomenda-se ler as principais obras sobre crimes licitatórios existentes na doutrina pátria:  
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei 8.666, de 21.06.1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. GASPARI, Diógenes. *Crimes na licitação*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: NDJ, 2011; GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
  13. O art. 166 do CC/2002 estabelece as seguintes regras: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VI – tiver por objetivo fraudar *lei imperativa* (grifos nossos).
  14. *Leis imperativas* – também denominadas cogentes, são as que estabelecem princípios de observância obrigatória. São princípios necessários à manutenção da ordem pública, daí sua força cogente, que coage, que obriga. Diferem das *Leis dispositivas* – estabelecem princípios não obrigatórios, com claro sentido de aconselhar, indicar o melhor caminho. São princípios que não interessam à ordem pública, referentes a direitos disponíveis.
  15. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 79.

---

GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro; DICKINSON, Leonardo Cardoso de Castro. Vontade da Constituição e crime licitatório do art. 89 da Lei 8.666: ambiente empresarial no capitalismo brasileiro de compadrio...  
*Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. n. 4. ano 2. p. 65-112. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018.