

rimes em licitações e

contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal

Verônica Freitas Rodrigues Alves
Assessora jurídica do Gabinete do
Procurador-Geral de Justiça Militar

RESUMO: As Forças Armadas, assim como os demais órgãos da Administração Direta federal, contratam o fornecimento de bens, a prestação de serviços e a execução de obras com fulcro, fundamentalmente, na Lei nº 8.666/93. Não há dúvidas quanto à obrigatoriedade de observância dos dispositivos da referida lei no tocante ao procedimento licitatório e à formalização e execução dos contratos celebrados. Contudo, debate-se, na doutrina e na jurisprudência, sobre a possibilidade de aplicação dos tipos penais previstos na Lei nº 8.666/93 quando a conduta criminosa atingir patrimônio sob a administração militar. Nessa linha de pensamento, este artigo tem por propósito lançar uma reflexão sobre o tema, haja vista que o reduzido alcance da tipificação prevista no Código Penal Militar para tais condutas resulta, não raras vezes, em impunidade.

PALAVRAS-CHAVES: Licitação. Contratos administrativos. Patrimônio sob a administração militar. Crimes. Código Penal Militar. Lei nº 8.666/93. Competência jurisdicional.

ABSTRACT: The Armed Forces, as well as other agencies of the federal Direct Administration, contract the supply of goods, provision of services and the execution of works, with the fulcrum fundamentally in Law 8.666/93. There is no doubt about the obligation of compliance with the aforementioned law provisions regarding the bidding process and the formalization and execution of contracts. However, debate on the doctrine and case law on the applicability of the criminal offenses defined in Law 8.666/93 when the criminal conduct achieving equity under military administration. In this line of thinking, this article has the purpose to open discussions on the topic, given the limited scope of the proposed classification in the Military Penal Code for such conduct results, often, in impunity.

KEYWORDS: Bid. Government contracts. Assets under military administration. Crimes. Military Penal Code. Law 8.666/93. Jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aplicação da Lei nº 8.666/93 à Administração Militar – 3. Tipificação legal – Código Penal Militar *versus* Lei 8.666/93 – 4. Natureza do crime e reflexos na competência jurisdicional – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas realizam suas atribuições constitucionais e legais mediante a atuação das organizações militares, comumente conhecidas pela sigla “OM”. Essas organizações estão inseridas na estrutura da Administração Pública federal e executam as despesas

públicas segundo as normas que regem os demais órgãos do Poder Executivo.

Desse modo, as organizações militares contratam o fornecimento de bens, a execução de serviços e de obras públicas mediante licitação, salvo quando a hipótese for de dispensa ou inexigibilidade. Para tanto, observam as regras gerais estabelecidas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e também as normas específicas – a exemplo da Lei nº 10.520/02, que regulamenta a modalidade licitatória denominada de pregão, e do Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços.

Nessa linha de raciocínio, os militares que atuam na gestão de recursos públicos, seja como ordenadores de despesas, presidentes e membros de comissões de licitações, pregoeiros ou fiscais da execução contratual, o fazem como verdadeiros agentes públicos. É dizer, sob tal enfoque, não há distinção entre agentes públicos militares e civis.

Insta ressaltar que, no Brasil, lamentavelmente as contratações públicas são, muitas vezes, utilizadas como instrumento para a sangria dos cofres públicos e para o enriquecimento ilícito de servidores públicos e de pessoas físicas e jurídicas estranhas à Administração. Nesse sentido, com o objetivo de coibir a prática de condutas criminosas nessa seara, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu uma Seção própria para os crimes e respectivas penas¹.

Por sua vez, o Código Penal Militar, Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, possui, no rol de crimes contra o dever funcional,

¹ Seção III do Capítulo IV da Lei nº 8.666/93, artigos 89 a 98.

dois tipos penais que descrevem condutas violadoras de bens jurídicos tutelados pelas licitações públicas – artigos 327 e 328.

Observa-se que a tipificação existente no CPM é insuficiente, não apenas em número mas também em alcance, para disciplinar a imensa variedade de condutas ilícitas que ofendem diversos outros bens jurídicos que são preservados pela Lei nº 8.666/93.

Diante disso, este trabalho tem por objetivo lançar uma reflexão sobre o tema, tendo por pano de fundo a divergência jurisprudencial a respeito da matéria, a fim de se demonstrar que a atual tipificação do CPM dificulta e quase impossibilita a persecução penal dessas condutas na Justiça Militar da União.

2 APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93 À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Inicialmente, cumpre fazer uma breve digressão histórica sobre a utilização do instituto da licitação como instrumento para as contratações públicas. A primeira norma do ordenamento jurídico brasileiro a tratar sobre o tema foi o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862. Após isso, sucederam-se diversas normas disciplinadoras da matéria.

Entretanto, somente com o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, todas as normas gerais e especiais sobre licitação e contratos administrativos passaram a estar reunidas em um único diploma legal. Essa norma aplicava-se a toda a administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal.

Posteriormente, já sob a égide da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, veio a lume a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em vigor até os dias atuais, embora com diversas alterações.

O objeto e o alcance da Lei nº 8.666/93 estão delineados em seu artigo 1º e parágrafo único que assim dispõem:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Sob o prisma subjetivo², as Forças Armadas integram a Administração Pública direta na esfera federal. Desse modo, as contratações realizadas pelas organizações militares submetem-se aos preceitos estabelecidos pela Lei nº 8.666/93. Registre-se que se a modalidade licitatória utilizada for o pregão deverão ser observadas as normas da Lei nº 10.520/02, sem prejuízo da aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93.

Fixadas essas premissas básicas, indaga-se: todos os dispositivos da Lei nº 8.666/93 relativos ao procedimento para a realização de certames licitatórios, contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação, formalização e execução dos contratos administrativos devem ser observados no âmbito da administração militar? A resposta é positiva.

² De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, “pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.” (2009, p. 57).

Entretanto, é possível utilizar esse mesmo raciocínio no tocante aos crimes previstos na Lei nº 8.666/93 (arts. 89 a 98)? Nesse caso, a resposta não é tão simples e depende da análise de algumas premissas, o que passaremos a fazer a seguir.

3 TIPIFICAÇÃO LEGAL – CÓDIGO PENAL MILITAR *VERSUS* LEI 8.666/93

Antes do advento da Lei nº 8.666/93, as condutas ilícitas cometidas na realização de licitações e na celebração de contratos administrativos somente poderiam caracterizar crime se estivessem previstas no Código Penal. Este, por sua vez, possuía um escasso rol de tipos acerca de tal matéria:

Art. 326 – Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – Detenção, de três meses a um ano, e multa.

[...]

Art. 335 – Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 336 – Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

A seu turno, o Código Penal Militar estabeleceu, em dois dispositivos (arts. 327 e 328), crimes que podem ser cometidos durante a realização do certame licitatório. Vejamos:

Art. 327. Devassar o sigilo de proposta de concorrência de interesse da administração militar ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Art. 328. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de hasta pública, concorrência ou tomada de preços, de interesse da administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Ressalte-se que o diploma penal castrense possui um crime que, em tese, engloba toda e qualquer conduta típica prevista na Lei 8.666/93. Trata-se do art. 324, cuja (in)constitucionalidade demanda análise mais detida, a ser feita em outra ocasião:

Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:

Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.

Diante da insuficiente tipificação prevista no Código Penal comum e da relevância dos bens jurídicos tutelados pelas licitações e contratações públicas, o legislador abriu um espaço próprio para os crimes e respectivas penas na norma específica sobre o tema, ou seja, na Lei 8.666/93.

Conforme bem observado por André Guilherme Tavares de Freitas:

Destarte, esta conjuntura não era suficiente para intimidar os pretensos ofensores da moralidade administrativa em matéria de licitação, ou seja, os administradores públicos, que, constantemente, utilizavam a licitação como meio para mascarar os desvios de dinheiro público e favorecimentos escusos que implementavam.

[...]

Entendeu-se que o bom funcionamento da Administração Pública e o zelo pela probidade administrativa, nos procedimentos de licitação e contratação, são fatores de acentuada relevância, merecedores de tutela mais efetiva, de segurança maior do que a oferecida pelas normas de caráter civil e administrativo e pelos tipos genéricos do Código Penal, que deixavam lacunas em diversas hipóteses. (2014, pp. 4 e 32).

Nesse sentido, a tutela penal própria para a prática de atos que atentam especialmente contra a moralidade administrativa e que causam prejuízos assustadores ao erário foi uma louvável inovação trazida pela Lei nº 8.666/93.

Considerada a premissa de que é necessária a existência de harmonia e coerência entre as normas que formam o ordenamento jurídico, eventual conflito deverá ser afastado. A doutrina estabelece os seguintes critérios para a solução de conflito aparente de normas: especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade (este último não é aceito por alguns autores).

Luiz Regis Prado, que entende como aplicáveis apenas os três primeiros critérios, os conceitua da seguinte forma:

Critério da especialidade: A lei especial derroga, para o caso concreto a lei geral. [...] Desse modo, a regra especial agrega à hipótese normativa geral um ou mais elementos complementares, demonstrativos de um específico fundamento de punibilidade, ora estabelecendo um *plus* (qualificador/agravador), ora prevendo um *minus* (privilegiador).

[...]

Critério da subsidiariedade: esse critério emerge como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos penais diversos em relação a determinado bem jurídico. Opera de forma auxiliar, subsidiária ou residual para as hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, chamado principal.

[...]

Critério da consunção: pelo critério, princípio ou relação de consunção ou de absorção, determinado crime (norma consumida) é fase de realização de outro (norma consuntiva) ou é uma regular forma de transição para o último.

[...] É oportuno observar ainda que os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade. (2014, pp. 310-311)

Desse modo, aplicando-se o critério da especialidade, com a entrada em vigor da Lei nº 8.666/93, os tipos penais do diploma penal comum, transcritos acima, foram afastados pelos arts. 93, 94 e 95, da Lei nº 8.666/93:

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

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

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondentes à violência.

Ocorre que, do mesmo modo que a Lei nº 8.666/93 é lei especial em relação ao Código Penal comum, o Código Penal Militar o é em face das duas normas anteriormente citadas. Assim, os tipos penais previstos nos arts. 327 e 328 do Código Penal Militar prevalecem sobre os arts. 93, 94 e 95 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, com bastante propriedade manifesta-se o Dr. Jorge César de Assis:

Parece-nos, portanto, que pode ocorrer um conflito aparente de normas. Vejamos, a Lei 8.666/93 prevalece em relação ao art. 326 do CP, já que *legis specialis derogat legem generalem*. Entretanto, o CPM é lei especial por excelência, prevalecendo sobre a Lei 8.666/93, que, apesar de especial, pertence ao direito penal comum. Assim, o art. 326 do CP está para o art. 94 da Lei 8.666/93, da mesma forma que o art. 94 da Lei das Licitações está para o art. 327 do CPM.

Como duas leis não podem incidir sobre um mesmo fato, ao mesmo tempo, a prevalência, ainda que com pena menor, é do tipo penal castrense. (2010, p. 729).

Insta destacar que as condutas criminosas previstas na Lei 8.666/93, quanto ao momento em que ocorrem, podem ser classificadas em:

- a) crimes no procedimento licitatório ou no procedimento de contratação direta;
- b) crimes na execução contratual.

Observa-se, de plano, que a tutela do diploma penal castrense alcança apenas condutas ocorridas durante o procedimento licitatório. Restou aberto, portanto, um abismo de ausência normativa para os ilícitos praticados durante a execução contratual e, ainda, para as situações de

uso indevido da dispensa ou da inexigibilidade de licitação, ou seja, fora das hipóteses previstas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Exatamente neste ponto, questiona-se: quando um militar ou um civil, no exercício de suas funções em organização militar, incide em conduta que se amolda a algum dos tipos previstos na lei 8.666/93, mas que não está previsto no CPM, o que ocorre? Ora, uma vez que se trata de crime previsto em lei específica (lei 8.666/93) e que não há tipificação na lei substantiva castrense, o agente deveria responder pelo hipotético crime perante a justiça comum.

Entretanto, aqui reside uma fonte de grande divergência jurisprudencial que perpassa as diferenças entre crime militar e crime comum e as regras de competência jurisdicional, conforme será demonstrado no próximo tópico.

4 NATUREZA DO CRIME E REFLEXOS NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

No Brasil, a Constituição Federal atribuiu ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir os crimes militares. É o que se extrai do art. 5º, inciso LXI, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

O Código Penal Militar, recepcionado pela nossa Lei Maior, é o diploma legal que estabelece, em sua Parte Especial, os crimes militares em tempo de paz (Livro I) e em tempo de guerra (Livro II).

Adotou-se, portanto, o critério *rationae legis* para a distinção entre crime militar e crime comum. Nesse sentido, vale registrar as palavras de Célio Lobão que, após citar o enfoque de diversos autores estrangeiros, conclui:

Nessa linha de raciocínio, em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar. (2004, p. 50)

Convém tecer algumas considerações acerca das classificações de crime militar que preponderam na doutrina.

Há imenso e interessante debate doutrinário acerca da distinção entre crime propriamente e impropriamente militar. Em face do âmbito limitado deste trabalho, nos restringiremos à citação de um conceito para cada espécie das classificações.

Iniciamos com a distinção entre crime propriamente e impropriamente militar delineada por Célio Lobão:

Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto

particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. (2004, p. 78).

Por sua vez, para o citado autor, caracteriza-se como crime impropriamente militar:

[...] a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão de soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses. (2004, p. 92).

É pertinente, também, trazermos a distinção doutrinária entre crimes militares de tipificação direta e indireta. No tocante a esse aspecto, reproduzimos as elucidativas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Crimes militares de tipificação direta são aqueles mencionados no art. 9º, inciso I, do CPM. Versando esse inciso acerca dos crimes de que trata o Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial, verifica-se que, para o juízo de tipicidade de tais delitos, basta a descrição típica da parte especial do Código Penal Militar, na medida em que o inciso I do art. 9º não contém qualquer circunstância que possa ser constitutiva de um tipo penal.

[...]

Os crimes militares de tipificação indireta estão previstos nos incisos II e III do art. 9º do CPM. Nesse caso, como tais delitos também estão previstos na lei penal comum, afigura-se indispensável a conjugação dos elementos da descrição típica da Parte Especial do Código Penal Militar com os elementos de uma das alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM. (2013, p. 79).

Utilizando-nos dos ensinamentos acima, podemos classificar os crimes dos arts. 327 e 328 do CPM como impropriamente militares e de tipificação indireta.

Com efeito, são crimes que não exigem a “condição especial de soldado” e que guardam extrema semelhança jurídica com os arts. 93 e 94 da Lei nº 8.666/93. A diferença fundamental está na elementar do tipo “interesse da administração militar”.

Entendemos que a conduta de um militar ou de um civil, com atuação em OM, que viole as regras e os princípios aplicáveis às licitações e contratos, atinge interesses da administração militar, especialmente os de caráter patrimonial.

Sobre esse ponto, preconiza o art. 9º, II, “e” e III, “a”, do CPM:

Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

[...]

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração, ou a ordem administrativa militar.

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar.

(Grifos nossos).

Enio Luiz Rosseto estabelece o seguinte conceito para a elementar “patrimônio sob a administração militar”:

O patrimônio militar, para efeitos penais, é o conjunto de bens móveis ou imóveis pertencentes ou não às Forças Armadas, Polícias Militares ou Corpos de Bombeiros Militares, mas que estão sob sua administração. A lei não exige que o bem pertença ao patrimônio militar. A ação delituosa contra o patrimônio sob a administração militar prejudica a finalidade e a eficiência das Forças Armadas. (2012, p. 120).

Fixadas as premissas quanto à natureza jurídica dos arts. 327 e 328 do CPM, passamos à análise dos reflexos nas regras de competência jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 124, *caput*, que compete à Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei.

Nesse sentido, crimes que não estão previstos no CPM, quando cometidos por militares das Forças Armadas, ainda que em serviço, não serão julgados pela Justiça Militar da União (competência *ratione materiae*). Ex: crime de tortura e de abuso de autoridade.

E, havendo conexão entre um crime comum e um crime militar, impõe-se a separação de processos. É o que estabelece o art. 102, “a”, do CPPM e o art. 79, I, do CPP.

O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar enfrentaram a questão da subsunção legal

das condutas criminosas ocorridas em licitações e contratos no âmbito da administração militar federal e estadual em algumas oportunidades.

Entretanto, as opiniões jurisprudenciais ainda não estão pacificadas.

Ao apreciar o tema, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. IMPUTAÇÃO, A CIVIL, DE CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE ESTELIONATO (CPM, ART. 251). FATO PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PRECEDENTES. PEDIDO INDEFERIDO.

(*Habeas corpus* 115.912/BA. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgado em: 25/02/2014)

A seu turno, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União, considerou como critério para a solução da demanda a natureza do bem jurídico tutelado:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. CRIME SUPOSTAMENTE PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE.

1. A existência de crimes militares próprios pressupõe, por uma questão de lógica, a existência de outros crimes – doutrinariamente chamados de crimes militares impróprios ou impropriamente militares - os quais podem ser cometidos tanto por militar quanto por civil.

2. Nesses casos, a competência dependerá do bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, da ocorrência ou não de violação de dever restrito e específico que caracteriza os crimes militares, cujas balizas se

encontram delineadas no art. 9º do Código Penal Militar.

3. A hipótese dos autos revela nítida violação aos interesses da Administração Militar, porquanto, além do suposto delito (militar impróprio) haver sido praticado por militar da Marinha em atividade, então responsável pelas contratações do Centro de Instrução Almirante Alexandrino, OM à qual pertencia, os procedimentos licitatórios visavam a aquisição de materiais para aquela instituição militar. Logo, a competência é da Justiça Militar, ex vi do art. 9º do Código Penal Militar.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 1ª Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora suscitado.

(Conflito de competência 133.582/RJ. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 08/04/2015)

Em outra ocasião, em sede de recurso especial, a natureza de norma especial do CPM foi utilizada para fazer prevalecer a competência da justiça castrense:

PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR. CRITÉRIO. ESPECIALIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. DISTINÇÃO.

I – Para a verificação da ocorrência de crime militar deve-se atentar para o critério da especialidade, porquanto o Direito Penal Militar é especial em relação do Direito Penal Comum, esteja ele previsto no Código Penal, ou em lei extravagante. Dessa forma, plausível, em tese, a adequação típica das condutas no CPM.

II – Em princípio, se os fatos descritos na denúncia se referem a condutas, em tese, praticadas por oficiais das Forças Armadas (dentre eles militares da ativa) contra o patrimônio militar, sob a administração militar, a avaliação criminal deve ficar a cargo da Justiça Castrense.

III – Importante destacar que não há que se confundir a competência da Justiça Militar Estadual com a competência da Justiça Militar Federal. A primeira está prevista no art. 125, § 4º da Constituição Federal. Por

sua vez, a competência da Justiça Militar Federal encontra-se regulada no art. 124 da *Lex Fundamentalis*. Vale destacar que a Justiça Militar Estadual tem competência para julgar apenas crimes militares praticados por militares dos Estados: policiais militares e bombeiros militares. À Justiça Militar Federal compete “julgar os crimes militares (federais), sejam praticados por militares das Forças Armadas ou por civis” (Denilson Feitosa Pacheco in “Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis”, 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 494). Esta última, a hipótese dos autos. Recurso especial desprovido. (Recurso Especial 914.061/SP. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 06/12/2007).

Interessante notar, ainda, que uma conduta tipificada na Lei 8.666/93 poderá configurar fase ou forma de transição para um crime previsto no Código Penal Militar. Nesse caso, a aplicação do critério da consunção, já mencionado anteriormente, traz como consequência a alteração da competência jurisdicional. Sobre esse aspecto, merece destaque a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO E PECULATO. DELITOS COMETIDOS POR MILITARES EM OFENSA À INSTITUIÇÃO CASTRENSE. ART. 9º, INCISO II, ALÍNEA E, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. DECISÃO

Vistos etc. Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da Vara de Santa Rosa - Seção Judiciária do Rio Grande do Sul – em face do Juízo Auditor da 3.ª Auditoria da 3.ª Circunscrição Judiciária Militar da União, na mesma unidade federativa.

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Federal, com base em inquérito civil público e em inquérito policial militar, ofereceu denúncia perante a Justiça Militar da União contra militares do Exército Brasileiro, dando-os como incurso no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 e 312 do Código Penal. Narra a exordial acusatória que os militares denunciados adquiriam e vendiam

irregularmente bens no 19.º Regimento de Cavalaria Mecanizado de Santa Rosa/RS, bem como desviavam recursos da Unidade Militar e se apropriando de seus bens, mormente combustível.

O Juízo Militar da União encaminhou os autos à Justiça Federal, esclarecendo que os fatos já estavam sendo apurados em inquérito civil público. Aduziu o Magistrado Castrense, ainda, o seguinte: “Ao longo da inquérito, como anotado pelo RMPM, investigou-se a venda de gado por parte do Comando do 19.ª R C Mec, que também teria feito a troca de leite em pó por sorvete, a reforma da pista de hipismo daquele aquartelamento, o emprego irregular de caminhão do Exército, a utilização da área militar por parte do Circulo Militar Expedicionário Weber e a aquisição irregular de condicionadores de ar.

Todavia, em que pese a estranheza de algumas ações que, em tese, estariam em desacordo com as atividades e finalidades das Forças Armadas e, por consequência, da própria Administração Pública, não ficou demonstrado que qualquer destes atos caracterizasse eventual crime militar a ser processado pela Justiça castrense.

Sempre é bom destacar que cabe à Justiça Militar da União, em consonância com o artigo 124 da Constituição Federal, apreciar e julgar os crimes militares definidos em lei, lei esta que é o Código Penal Militar.

Portanto, para que esta Justiça Especializada fosse o foro competente para apreciar as irregularidades apuradas no presente Inquérito haveria necessidade que as condutas estivessem subsumidas aos tipos penais previstos no Código Penal Militar, obedecendo, ainda, aos requisitos do artigo 9.º do Diploma Militar repressor.

E, como bem disse o Promotor da Justiça Militar, tais condutas, a princípio, não chegaram a se amoldar a qualquer dos tipos penais militares o que justificaria o seu processamento nesta Justiça Militar.

Por outro lado, não há como se afastar que estas irregularidades notadamente de cunho administrativo, possam caracterizar ilícitos previstos na lei de improbidade ou mesmo no Código Penal Brasileiro.

Todavia, tais fatos, envolvendo agentes militares federais, são da competência da Justiça Federal

ordinária, refugindo da esfera de atuação da Justiça Militar.” (fls. 2003/2006)

Ao receber os autos, o Juízo Federal suscitou o presente conflito negativo de competência, com a seguinte argumentação: “Com efeito, a leitura atenta da peça incoativa deixa claro que os crimes atribuídos aos denunciados foram supostamente praticados em unidade militar, no exercício da função militar e sob subordinação hierárquica militar, ou ainda envolveram utilização de bens vinculados ao Exército, os quais estavam sob administração militar.

Por outro lado - e com a devida vênia à respeitável decisão prolatada pelo Magistrado Militar nos autos do Inquérito Policial Militar que embasa a denúncia - as condutas, em tese, praticadas pelos denunciados subsumem-se claramente a tipos penais previstos no Código Penal Militar. Senão vejamos.

Objetivamente, no tocante às condutas sistematizadas na denúncia como Fatos 3 a 7, o próprio Ministério Público Federal imputa aos denunciados a prática dos crimes de Peculato ou Peculato-Desvio, expressamente previstos no artigo 303 do Código Penal Militar.

Por outro lado, ainda que em relação a condutas sistematizadas na denúncia como Fatos 1 e 2 o Ministério Público Federal tenha imputado aos denunciados a prática de crimes previstos na Lei de Licitações, o exame dos fatos narrados na peça acusatória indica que os crimes em pauta são absorvidos pelo próprio Peculato - obviamente, se determinado agente aliena bens públicos e direciona o resultado obtido a fins privados, não o fará mediante procedimento licitatório, de onde concluo que a inobservância de licitação, em casos tais, caracteriza-se como normal fase de execução do crime de peculato (princípio da consunção).

A propósito, não é outro o posicionamento do Superior Tribunal Militar, a exemplo do que restou decidido no âmbito do Recurso em Sentido Estrito nº 23- 85.2009.7.05.005-PR, do qual se extrai a seguinte Ementa:

[...]

Destarte, em razão de tais argumentos e também embasado nos precedentes acima citados, imperioso reconhecer a ausência de competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito.” (fls. 05/08)

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 2.738/2.744, opinou pela competência do Juízo Militar. É o relatório. Decido.

Dispõe o art. 9º, inciso II, alínea e, do Código Penal Militar, que são crimes militares:

“II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

[...]

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;”

Apesar de a denúncia não capitular crimes previstos no Código Penal Militar, da simples leitura da exordial se deduz que as condutas foram perpetradas por Militares da ativa em detrimento do patrimônio do Exército Brasileiro.

Ademais, conforme bem destacado pelo Juízo Suscitante, o crime de peculato imputado aos denunciados, em todas suas modalidades, possui previsão no Código Penal Militar, in verbis:

[...]

Dessa forma, restou evidenciada a competência do Juízo Castrense para processar e julgar o feito, nos termos do art. 9º, inciso II, alínea e, e inciso III, alínea a, do Código Penal Militar.

Ante o exposto, com fulcro no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, CONHEÇO do conflito para DECLARAR competente o Juízo Auditor da 3.ª Auditoria da 3.ª Circunscrição Judiciária Militar da União, ora suscitado.

(Conflito de Competência 126.610 – RS. Julgado em 25/09/2013. Rel. Min. Laurita Vaz)

O Superior Tribunal Militar, ao apreciar tentativa de fraude cometida por civil, em licitação promovida por OM, assim se manifestou:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MPM CONTRA DECISÃO DO JUÍZO A QUO QUE REJEITOU ARGUIÇÃO MINISTERIAL DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR O PRESENTE FEITO. RECURSO PROVIDO.

Trata o caso, em tese, de fraude ou tentativa de fraude em licitação, visando afastar concorrente licitante, o que exclui a competência desta Justiça Castrense.

A apresentação da documentação sob suspeição à Administração Militar por representante de empresa não poderia ser enquadrada no tipo previsto nos artigos 312 ou 315 do CPM, por não ser comprovadamente falsa.

A conduta praticada está prevista na Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), que descreve os tipos penais aplicáveis aos processos licitatórios.

Ao cometer fraude contra licitação, o agente enquadra-se nos artigos 90, 93 e 95 da supramencionada Lei nº 8.666/93, cuja análise caberá à Justiça Federal.

Apelo ministerial provido para acolher a alegação de incompetência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar o feito, determinando a baixa dos autos ao Juízo a quo, de modo que sejam remetidos à Justiça Federal, para as providências necessárias. Maioria.

(Recurso em sentido estrito 0000205-91.2014.7.11.0211. Rel.: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos Julgado em: 25/06/2015.)

Em outro julgado, também entendeu a egrégia Corte castrense que a competência para julgar a conduta de civil que comete crime em licitação realizada no âmbito da administração militar é da Justiça Federal:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ESPECIALIDADE DA LEI Nº 8.666/93.

1. O uso de documento falso em licitação promovida pela Administração Militar enquadra-se nos tipos penais previstos nos artigos 90 e 93 da Lei nº 8.666/93.

2. A fraude na licitação atenta contra a Fazenda Nacional.

3. Competência da Justiça Federal Criminal, em razão da matéria. Inteligência da Lei nº 8.666/93.

Recurso conhecido e não provido. Decisão majoritária. (Recurso em sentido estrito 0000031-45.2011.7.03.0103.

Rel.: Min. José Coêlho Ferreira. Julgado em: 02/02/2012.)

Porém, nos dois casos acima foram apreciadas condutas de civis. Além disso, houve votos divergentes, no sentido de ser a conduta tipificada como crime militar e, em consequência, ser declarada a competência da justiça militar.

Em outra ocasião, em decisão unânime, o STM entendeu ser competente a Justiça Militar para o julgamento de condutas supostamente criminosas cometidas por militares e por civil em certame licitatório realizado por organização militar:

EMENTA: RECURSO CRIMINAL. INOBSERVÂNCIA DE LEI NO EXERCÍCIO DO DEVER FUNCIONAL. ATO PREJUDICIAL À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. REJEIÇÃO DE ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, OPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. RECURSO IMPROVIDO.

Recurso inominado interposto pelo Ministério Público Militar (MPM) contra a Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 4ª CJM, proferida nos autos do IPM nº 43/07, que rejeitou a arguição de incompetência formulada pelo recorrente. Entendimento equivocado do MPM quando aduz pela competência da Justiça Federal, para processar e julgar eventuais crimes relacionados a processos licitatórios, realizados por órgãos das Forças Armadas, visto integrarem a Administração Federal.

Presença nos autos de evidências materiais da ocorrência e de autoria, em tese, no mínimo do delito de inobservância de norma legal, no exercício da função, caracterizando a prática de ato prejudicial, tendo como ofendida a Administração Militar, conforme dispõe o art. 9º, inciso II, alínea e, da Lei Substantiva Castrense. Agride o civil representante de Empresa participante de certame licitatório as instituições militares federais, quando pratica conduta típica contra o patrimônio sob a Administração Militar (art. 9º, inciso III, alínea

a, do CPM). Recurso Ministerial improvido. Decisão unânime.

(Recurso em sentido estrito 2008.01.007505-0. Rel.: Min. Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Julgado em: 14/10/08)

Assim, tendo em vista que os princípios e valores patrimoniais violados inserem-se no conceito de “administração militar”, havendo judicialização da demanda, em regra, a Justiça Federal declina da competência para a Justiça Militar da União, adotando como paradigmas os entendimentos do STF e do STJ, já mencionados anteriormente.

Entretanto, diante do limitado rol de tipos penais sobre a matéria no CPM, a atuação da Justiça Militar fica prejudicada, visto que a sua competência é adstrita aos crimes militares, não podendo julgar delitos previstos em outras leis. Desse modo, as condutas ficam, por diversas vezes, impunes, diante da ausência de tipificação legal no Código Penal Militar.

O que ocorre é um verdadeiro *looping* na aplicação das normas voltadas à responsabilização penal em licitações e contratos administrativos no âmbito da administração militar. Ou seja, segundo o entendimento jurisprudencial dominante, as condutas que poderiam caracterizar crime da Lei 8.666/93 e que atingem o patrimônio sob a administração militar são da competência da Justiça Militar; esta, por sua vez, só julga crimes previstos no CPM; a atual tipificação prevista no CPM é bastante reduzida e não alcança condutas que, lamentavelmente, são frequentes, como a utilização indevida de contratação direta e os pagamentos antecipados, tipificadas nos arts. 89 e 92 da Lei de licitações e contratos, a seguir transcritos:

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.

[...]

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Essa dificuldade na adequação típica foi bem observada pelo STM no seguinte julgado:

APELAÇÃO. PECULATO CULPOSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. VIOLAÇÃO DO DEVER FUNCIONAL. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS - LEI Nº 8.666/93. COMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 160/STF, COM A MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE HAVER NOVA DECISÃO MAIS GRAVOSA AO RÉU. A discordância processual entre o que foi denunciado e o que foi decidido reside no esforço de encontrar uma adequação entre as condutas descritas e os tipos penais elencados pelo Código Penal Militar. Afinal, esse Diploma Legal não foi gerado com o fim específico de regular as regras de realização de licitações e contratos públicos e sim estabelecer as penalidades, sejam de natureza administrativa, sejam de natureza penal, para o caso de seu descumprimento. A todo tempo, o Ministério Público Militar refere-se a infrações de dispositivos da Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações.

Qualquer um dos tipos penais elencados na Lei nº 8.666/93 possui elementos especializantes que os distingue da legislação penal ordinária, seja do Código Penal Comum, seja do Código Penal Militar. O legislador ampliou a tutela jurídica abrangendo qualquer tipo de fraude à licitação, ou contrato dela decorrente. A questão é estritamente de competência cível, cabendo-se, pois, discutir o inadimplemento contratual, perante o juiz natural competente que, ao nosso ver, possa ser a Justiça Federal Comum.

A Corte, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade - ainda que absoluta, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa.

A Corte, quando do julgamento da apelação, está adstrita ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não podendo invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. Nega-se provimento ao Apelo. Decisão Unânime.

(Apelação 0000003-11.2005.7.02.0202. Rel.: Min. Olympio Pereira da Silva Junior Julgada em: 05/04/2011)

Portanto, está evidenciado que a atual tipificação da matéria no CPM é insuficiente e ineficaz para prevenir e reprimir as condutas criminosas em licitações e contratos, no âmbito das organizações militares.

Desse modo, é necessário intensificar o debate sobre o tema e refletir sobre as soluções possíveis para a questão. Em nosso entendimento, afigura-se como urgente uma alteração no Código Penal Militar, mediante a ampliação do rol de tipos, de modo a tornar efetivo o exercício da competência da Justiça Militar.

Até porque, como cediço e sob a ótica constitucional (art. 5º, XXXIX), na esfera penal incide, de forma absoluta, o princípio da legalidade. É dizer, a norma penal incriminadora há de ser prévia, certa, estrita e escrita.

5 CONCLUSÃO

Em face do exposto, verifica-se que o atual contexto normativo torna bastante tormentosa a persecução penal de crimes cometidos na condução de licitações e de contratos no âmbito das organizações militares. Isso porque, conforme já mencionado, o Código Penal militar possui escassa tipificação sobre a matéria.

Ora, a tutela penal deve se ocupar da efetiva proteção a bens jurídicos de modo a garantir a paz e a justiça sociais. Nesse sentido, o Direito Penal exerce uma importante função preventiva do crime e garantidora da sociedade. Portanto, se uma conduta configura crime, o sujeito possui um temor maior de praticá-la. Ao contrário, se configura apenas ilícito administrativo ou civil, existe uma maior probabilidade de que seja praticada, pois a eventual responsabilização é bem menos gravosa que a penal.

Assim, entendemos como premente e necessário o aprofundamento da discussão acerca desse tema, especialmente com o foco sobre a possibilidade de alteração no Código Penal Militar, a fim de ser ampliado o rol de crimes em licitações e contratos.

Com isso, as atuais discussões sobre a competência jurisdicional e a utilização dos critérios para a solução de conflito aparente de normas seriam desnecessárias.

Evidentemente, o aumento de tipos penais não é a panaceia para os graves e tão comuns desfalques ao erário, mas representa um importante passo para o combate a esse mal e, no caso do Código Penal Militar, um mecanismo de fortalecimento e ampliação da competência da Justiça castrense.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DI PIETRO, M .S. Z. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, A. G. T. *Crimes na lei de licitações*. 3. ed., rev., ampl. E atual. Niterói: Impetus, 2013.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, R. B. *Manual de competência criminal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 2. Ed, atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSSETO, E; L. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, A. J. B. L. *Crimes contra a administração militar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

